DER HAFTUNGSAUSSCHLUSS BEI DER GEFÄLLIGKEITSFAHRT

Herbert Schlierf

1962

Der Haftungsausschluss bei der Gefälligkeitsfahrt

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu
München

vorgelegt

von

Herbert Schlierf

1962

Referent: Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Dietz

Korreferent: Professor Dr. Karl Larenz

Tag der mündlichen Prüfung: 2o.Dezember 1962

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
A. Einleitung	1
I. Aufgabenstellung	1
1. Fragestellung	1
2. Bedeutung der neuen Rechtsprechung	1
II. Grundbegriffe: Gefälligkeitsvertrag - Gefälligkeitsverhältnis (echte Gefälligkeitsfahrt)	2
1. Gefälligkeitsvertrag	3
2. Gefälligkeitsverhältnis (echte Gefälligkeitsfahrt)	4
B. Haftungsausschluss bei gewöhnlicher Gefälligkeitsfahrt	5
I. Begriffsklärung	5
II. Grundsatz der unbeschränkten Haftung	5
III. Prüfung von Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten bei gewöhnlicher Gefälligkeitsfahrt	6
1. Analogie zu den Gefälligkeitsverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches	6

Seite

2. Haftungsbeschränkung aus § 7o8 BGB 8

3. Gefahrengemeinschaft 9

4. Kausales Rechtsdenken 1o

5. Hans-Detlev Fischers Zweistufentheorie 11

6. Rechtsgeschäftliche Übereinkunft 14

7. Billigkeit 15

C. Haftungsausschluss bei Vorliegen besonderer Gefahren - herkömmliche Lösung 17

I. Willenserklärungstheorie 17

1. Kurze Entwicklungsgeschichte 17

2. Endstand der herkömmlichen Theorie 18

a) Der stillschweigende Haftungsverzicht 18

b) Das Handeln auf eigene Gefahr 2o

II. Probleme bei Anwendung der herkömmlichen Theorie 23

1. Unterscheidung zwischen stillschweigendem Haftungsverzicht und Handeln auf eigene Gefahr 23

2. Konstruktion der Willenserklärung 24

a) Willenserklärung als Fiktion 24

b) Bedeutung des Gefährdungsbewusstseins 26

c) Sittenwidrigkeit der Einwilligung beim Handeln auf eigene Gefahr 28

d) Einwilligung als Rechtshandlung 3o

3. Geschäftsfähigkeit 31

4. Bewusstsein des Fahrgastes von der besonderen Gefahr 32

Seite

5. Ausmass des zugelassenen Verschuldens 33

6. Auswirkung auf ein Gesamtschuldverhältnis 34

III. Behandlung des Handelns auf eigene Gefahr als Fall eines venire contra factum proprium 35

1. Begründung der Theorie 35

2. Unanwendbarkeit der Theorie 39

C. Haftungsausschluss bei Vorliegen besonderer Gefahren - vorgeschlagene Lösung 4o

I. Vorbereitung in Rechtsprechung und Literatur 4o

1. Die ersten Entscheidungen des Reichsgerichts 4o

2. Die spätere Entwicklung 41

3. Das Werk von Hans Stoll 43

II. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.3.1961 46

1. Das Urteil in seinen Grundzügen 46

2. Stellungnahme der Literatur 51

3. Problematik des § 254 BGB 52

III. Verhältnis von § 254 BGB zu § 242 BGB 52

1. Das Prinzip des venire contra factum proprium in § 242 BGB 52

2. § 254 BGB als Sonderfall des § 242 BGB 53

IV. Das Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB 56

Seite

1. Das Mitverschulden des § 254 BGB als Verschulden im technischen Sinne 56

2. Das Mitverschulden des § 254 BGB als Verschulden im nichttechnischen Sinne 58

3. Das Handeln auf eigene Gefahr als Verschulden im Sinne von § 254 BGB 63

V. Schadensteilung nach § 254 BGB 64

1. Allgemeine Bedeutung der "Umstände" 64

2. Die vorwiegende Verursachung als Hauptanhaltspunkt 65

3. Heranziehung der übrigen Umstände 67

a) Allgemeines 67

b) Mitverschulden des Geschädigten als besonderer Umstand 68

c) Der typische Fall des Handelns auf eigene Gefahr als besonderer Umstand 7o

d) Weitere bei der Abwägung zu berücksichtigende Umstände 73

VI. Praktische Verwendbarkeit des Handelns auf eigene Gefahr als Sonderfall des § 254 BGB 73

1. Vermeidung der sich aus der Willenserklärungskonstruktion ergebenden Probleme 74

a) Unterscheidung zwischen stillschweigendem Haftungsverzicht und Handeln auf eigene Gefahr 74

b) Konstruktion einer Willenserklärung 74

c) Geschäftsfähigkeit 75

d) Bewusstsein des Fahrgastes von der besonderen Gefahr 76

e) Ausmass des zugelassenen Verschuldens des Fahrers 77

f) Auswirkung auf ein Gesamtschuldverhältnis 78

2. Kein Rückgriff auf Treu und Glauben 81

Seite

3. Schadensteilung als normales Ergebnis 82

E. Haftungsausschluss bei Vorliegen besonderer Umstände 86

I. Besondere Gefahr - sonstige besondere Umstände 86

1. Allgemeines 86

2. Besondere Umstände 86

II. Eheliche Lebensgemeinschaft 87

III. Der stillschweigende Haftungsverzicht 89

1. Allgemeines 89

2. Besondere, bei der Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts zu beachtende Umstände 91

a) Allgemeines 91

b) Das Handeln-auf-eigene-Gefahr-Schild als objektiver Umstand 91

c) Personelle Umstände 92

d) Bestehen einer Haftpflichtversicherung 95

3. Die Annahme des stillschweigenden Haftungsverzichts im übrigen 98

a) Der stillschweigende Haftungsverzicht als gewöhnlicher konkludenter Vertrag 98

b) Geschäftsfähigkeit und Sittenwidrigkeit 99

c) Ausmass des Haftungsausschlusses 100

d) Anwendbarkeit des § 846 BGB 101

e) Mögliche Anwendungsfälle 101

IV. Wirkung des Haftungsausschlusses auf Drittschädiger 103

Seite

1. Einfluss des Haftungsausschlusses auf den Ausgleichsanspruch 1o3

2. Schadensersatzanspruch des Fahrgastes bei Vorliegen eines stillschweigenden Haftungsverzichts 1o6

a) Allgemeines 1o6

b) Regress des Fahrers gegen den Mitfahrer 1o7

c) Einrede des Zweitschädigers gegen volle Inanspruchnahme 1o8

3. Schadensersatzanspruch des Fahrgastes bei gesetzlichem Haftungsausschluss 1o9

F. Schluss - Zusammenfassung und Begriffsklärung 11o

Schrifttumsverzeichnis

Adriani, Hans: Der Schuldbegriff in § 254 BGB, Dissertation, Göttingen 1938

Beitzke, G.: Anm. zu BGH 25.3.58, MDR 1958, 678

Bemmann, Klaus: Das durchgehende Gespann - Zur Problematik des Schmerzensgeldanspruches, VersR 1958, 583

Böhmer, Emil: Stillschweigender Haftungsverzicht bei Fahrt mit angetrunkenem Kraftwagenführer, DAR 1951, 21

Welchen Einfluss hat der Haftungsverzicht des Kraftfahrzeuginsassen auf den Schadensausgleich nach § 17 StVG?, NJW 1956, 1018

Zum Begriff der Gefälligkeitsfahrt, JR 1957, 338

Zum Begriff des Handelns auf eigene Gefahr im Verkehrsrecht, VersR 1957, 205

Mitfahren auf eigene Gefahr, MDR 1958, 77

"Normale" und "ungewöhnliche" Gefahren bei Gefälligkeitsfahrten, MDR 1958, 896

Zur Frage der Sorgfalt des Kraftfahrers bei Gefälligkeitsfahrten, VersR 1958, 662

Kann bei Gefälligkeitsfahrten § 708 BGB angewendet werden?, JR 1959, 217

Zwangslage des Kraftwagenfahrgastes, JR 1959, 411

Haftungsverzicht der vom Ehemann im Kraftwagen mitgenommenen Ehefrau, MDR 1959, 816

Anm. zu OLG Nürnberg 25.4.58, VersR 1959, 746

Die zivil- und strafrechtliche Rechtsprechung zum Verkehrsrecht, JZ 1961, 739

Böhmer, Emil:	Haftungserleichterungen für Kraftfahrer nach § 7o8 BGB?, MDR 1961, 21
	Schlussbemerkung zu Reiners, MDR 1961, 651
	Bei Sichbegeben in eine erkannte Gefahr ist § 254 BGB anzuwenden, MDR 1961, 661
	Zur Frage der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten i.S. des § 277 BGB, VersR 1961, 393
	Zum Ausmass der Kraftfahrzeughalterhaftung bei Gefälligkeitsfahrten, MDR 1962, 174
	Ist § 829 BGB analog auf Fälle des § 254 BGB anzuwenden?, VersR 1962, 215
von Boehmer, Götz:	Haftung bei Gefälligkeitsfahrten, DAR 1957, 228
Boehmer, Gustav:	Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger - Bemerkungen zu dem Urteil des IV. ZS des BGH v. 5.12.1958, MDR 1959, 383, MDR 1959, 7o5
Booss, H.:	Anm. zu RG 13.5.1939, DR 1939, 1319
Carl:	§§ 254, 599, 823, 833 BGB, JW 1935, 1461
	Anm. zu KG 9.11.38, DR 1939, 258
Dietz, Rolf:	Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn und Köln 1934
Dunz, Walter:	Wesen und Grenzen des "eigenen Mitverschuldens", JZ 1961, 4o6
Enneccerus-Lehmann:	Recht der Schuldverhältnisse, 15.Auflage 1958
Enneccerus-Nipperdey:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Halbband, 15.Auflage 196o
Erman:	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2.Auflage 1958
Esser, Josef:	Die Verantwortlichkeit des Verletzten für mitwirkendes Verschulden seiner Hilfspersonen, JZ 1952, 257
	Schuldrecht, 2.Auflage 196o
Fischer, Hans-Detlev:	Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung, Kiel 1938

Flad:	Handeln auf eigene Gefahr, Recht 1919, Spalte 13
Floegel-Hartung:	Strassenverkehrsrecht, 13.Auflage 1961
Flume, Werner:	Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, Band I, S.135
	Anm. zu BGH 14.3.61, JZ 1961, 605
Geigel, Reinhart und Robert:	Der Haftpflichtprozess, 10.Auflage 1961 und 8.Auflage 1956 (dann besonders angegeben)
Geigel:	Anm. zu BGH 17.5.51, JZ 1951, 590
Geigel, R.:	Anm. zu BGH 3.2.54, JZ 1954, 507
Giese:	Anm. zu OLG Schleswig 21.10.49, VRS 2, 2
Goltermann:	Anm. zu OLG Bamberg 21.7.49, VRS 1, 176
Groebe, Klaus:	Zum Stand der Rechtsprechung in der Frage der Gefälligkeitsfahrt, JW 1936, 1581
Gülde:	Beitrag zur Autohaftung juristischer Personen; Haftungsausschluss, DAR 1928, 314
	Zum Stand der Rechtsprechung in der Frage der Gefälligkeitsfahrt, JW 1936, 1584
	Besprechnung von Hans-Detlev Fischer, Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung, DR 1939, 1142
	Anm. zu Maier, DR 1939, 1417, DR 1939, 1420
Haberkorn, Kurt:	Haftungsfragen bei Mitnahme eines Arbeitskollegen zur Arbeitsstelle im privateigenen PKW, DAR 1959, 169
Hauss:	Anm. zu BGH 5.12.58, LM Nr.3 zu § 107
	Anm. zu BGH 14.3.61, LM § 254 (Da) Nr.11
Hitzfeld, Winfried:	Das Handeln auf eigene Gefahr als Rechtsgeschäft - Eine fragwürdige Konstruktion der Rechtsprechung, Dissertation, Freiburg 1961
Hoffmann, Heinz:	Der Einfluss des Haftungsverzichts eines geschädigten Insassen auf den Schadensausgleich aus § 17 StVG, RdK 1955, 184

Klauser, Karl-August:	Abwägungsgrundsätze zur Schadensverteilung bei Mitverschulden und Mitverursachung, NJW 1962, 369
Koch, Gerhard:	Die Gefälligkeitsfahrt in der neuen Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte, JW 1931, 3301
Koebel:	Billigkeitshaftung von Kindern und Jugendlichen, NJW 1956, 969
Krückmann, Paul:	Die Gefälligkeitsfahrt, JW 1932, 3688
Krumme:	Anm. zu BGH 22.1.53, LM Nr.2 zu § 226a StGB
	Anm. zu BGH 24.6.54, LM Nr.2 zu § 315a Abs.1 Ziff.4 StGB
Küster, Otto:	Ausgleichspflicht ohne eigene Haftpflicht? Über die Bedeutung der Haftpflichtbeschränkung für die Ausgleichspflicht, AcP 148, 309
Larenz, Karl:	Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil (zitiert: Larenz, AT), 5.Auflage 1962
	Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil (zitiert: Larenz, BT), 5.Auflage 1962
	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
	Vertrag und Unrecht, 2.Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, Hamburg 1937
Lehmann, Heinrich:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12.Auflage 1960
Löhlein, Roland:	Das Handeln auf eigene Gefahr, ZHR 102, 297
	Das kausale Rechtsdenken als rechtwissenschaftliche Methode, JR 1950, 132
Louis, Bruno:	Gefälligkeitsfahrt!, JW 1936, 425
Maier:	Die Gefälligkeitsfahrt in der Praxis, DR 1939, 1417
Maurach, Reinhard:	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil (zitiert: Maurach, AT), 2.Auflage 1958
	Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil (zitiert: Maurach, BT), 3.Auflage 1959
Müller, Fritz:	Strassenverkehrsrecht, 21.Auflage 1959

Müller-Erzbach, Rudolf:	Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 1o6, 3o9
Palandt:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 21.Auflage 1962
Rauschert, H.:	Die Schadensausgleichung nach § 17 StVG, NJW 1954, 7o4
Reiners, Friedrich:	Haftungserleichterung für Kraftfahrer nach § 7o8 BGB?, MDR 1961, 65o
Reinicke, G. und D.:	Anm. zu BGH 3.2.54, NJW 1954, 1641
RGRK:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11.Auflage 196o
Schmidt, Reimer:	Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953
Schneyer, Ludwig:	Das "Handeln auf eigene Gefahr" als Anwendungsfall der Unzulässigkeit eines "venire contra factum proprium", Dissertation, Hamburg 1955
Schwarze, Josef:	Zum Ausschluss der Haftung im Haftpflichtprozess, VersR 1955, 199
Soergel-Siebert:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9.Auflage 1959
Staudinger:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11.Auflage 1957 - 1961 und 9.Auflage 193o (dann besonders angegeben)
Stoll, Hans:	Das Handeln auf eigene Gefahr, Berlin und Tübingen 1961
Venzmer, Kurt, J.:	Mitverursachung und Mitverschulden im Schadenersatzrecht, München und Berlin 196
Wangemann, Richard:	Handeln auf eigene Gefahr, NJW 1955, 85
	Handeln auf eigene Gefahr und Verschuldenshaftung, MDR 1956, 385
Weimar, Wilhelm	Kann trotz bestehender Kfz.-Haftpflichtversicherung beim Fahrgast ein Handeln auf eigene Gefahr angenommen werden? VP 1953, 39
	Haftungsbeschränkungen und Haftungsverzicht unter Ehegatten in ihrer Auswirkung auf mithaftende Gesamtschuldner, MDR 1959, 177

Weimar, Wilhelm: Zum stillschweigenden Haftungsverzicht bei Autofahrten, MDR 1960, 101

Wieacker, Franz: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956

Winden: Haftung für Unfallschäden bei Gefälligkeitsfahrten, DB 1951, 481

Wolf, Ernst: Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153, 97

Wussow, Werner und Hansjoachim: Das Unfallhaftpflichtrecht, 7.Auflage 1961

Zitelmann, Ernst: Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 99,1

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für civilistische Praxis
ABK	Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrversicherung
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Bekl.	Beklagter
BerGer	Berufungsgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DR	Deutsches Recht
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
Fn.	Fussnote
h.M.	herrschende Meinung
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
Kl.	Kläger
LG	Landgericht
LM	Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindemaier und Möhring
MDR	Monatsschrift Deutschen Rechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone

OLG	Oberlandesgericht
RdK	Das Recht des Kraftfahrers
Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand
RG	Reichsgericht
RGRK	Kommentar der Reichsgerichtsräte und Bundesrichter
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnote
Seuff.Bl.	Seufferts Blätter für die Rechtsanwendung in Bayern
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Strassenverkehrsgesetz
StVZO	Strassenverkehrszulassungsordnung
VAE	Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen
VersR	Versicherungsrecht
VP	Versicherungspraxis
VRS	Verkehrsrechtssammlung
WarnRspr.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZS	Zivilsenat

A. Einleitung

I. Aufgabenstellung

1. Fragestellung

Was zur Zeit der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches gelegentlich vorkam, nämlich die Mitnahme eines Fussgängers auf einem Fuhrwerk aus Gefälligkeit, ist heute ein alltägliches Ereignis: Der Fahrer eines Kraftfahrzeuges nimmt jemand gefälligkeitshalber mit. Unfälle sind die häufige Folge solcher Fahrten im modernen Strassenverkehr, insbesondere da sie oft nach Gaststättenbesuchen stattfinden. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Sonderbestimmungen für Unfälle dieser Art; deshalb befassten sich viele Autoren und Gerichte eingehend mit dem Problem und stellten die verschiedensten Theorien über die Ansprüche eines unfallgeschädigten Mitfahrers, der aus Gefälligkeit mitgenommen wurde, auf. Ausgangspunkt ist meist die Überlegung, es sei unbillig, den Fahrer mit der unbeschränkten Haftung nach §§ 823, 276 BGB zu belasten, da er dem Fahrgast durch die unentgeltliche Mitnahme eine Gefälligkeit erwiesen habe.

2. Bedeutung der neuen Rechtsprechung

Die Rechtsprechung vertrat, von einigen Ausnahmen abgesehen,[1] seit dem Urteil des Reichsgerichts vom 19.6.1933[2]

---

1) So ausdrücklich nur OLG Oldenburg 1.11.55, DAR 1956, 296.
2) RGZ 141, 262.

die Ansicht, die Haftung könne bei Kenntnis des Fahrgastes von einer besonderen Gefährlichkeit der Fahrt durch einen stillschweigenden Haftungsverzicht und durch Handeln auf eigene Gefahr ausgeschlossen werden. Dieses Handeln auf eigene Gefahr sei eine Einwilligung in eine möglicherweise auf der Fahrt eintretende Körperverletzung, mit der Wirkung, dass die Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung und somit die Haftung des Schädigers entfalle; die Einwilligung sei eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Der stillschweigende Haftungsverzicht wurde als konkludenter Haftungsausschlussvertrag angesehen. Sowohl Handeln auf eigene Gefahr als auch stillschweigender Haftungsverzicht hingen, nach der herkömmlichen Theorie, von dem Bewusstsein des Fahrgastes von einer besonderen Gefahr ab.[1)]

Die Einwilligungstheorie war das Ziel zahlreicher Angriffe[2)] und wurde schliesslich in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.3.1961[3)] ausdrücklich aufgegeben. Diese Theorie ist heute nur noch von untergeordnetem Interesse, so dass zur Fundierung der modernen Theorie eine Darstellung der Grundzüge genügt. Wesentlicher ist die Auseinandersetzung mit dem Stand der Meinungen, wie er sich im Anschluss an den Umschwung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darstellt.

II. Grundbegriffe: Gefälligkeitsvertrag - Gefälligkeitsverhältnis (echte Gefälligkeitsfahrt

Die Unentgeltlichkeit allein sagt noch nichts darüber aus, ob die Gefälligkeitsfahrt ein Gefälligkeitsverhältnis

---

1) Zusammenfassung der Rechtsprechung unten bei Fn.2 auf S.17, Fn.7 auf S.19, Fn.1, 3, 5 und 6 auf S.21.
2) Vgl. unten Fn.1 auf S.36.
3) NJW 1961, 655.

(reine Gefälligkeit) ist oder auf einem Gefälligkeitsvertrag beruht.[1] Im Interesse der begrifflichen Klarheit und wegen der verschiedenen rechtlichen Konsequenzen ist es notwendig, zwischen Gefälligkeitsvertrag und Gefälligkeitsverhältnis scharf zu unterscheiden.

1. Gefälligkeitsvertrag

Die Gefälligkeit des Fahrers hat dann rechtsgeschäftlichen Charakter, wenn der Fahrer eine Rechtsbindung herbeiführen will und der Fahrgast die Mitfahrt in diesem Sinne antritt. Ob ein Gefälligkeitsvertrag vorliegt, ist demzufolge nach Grund und Zweck der Fahrt, ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung (insbesondere für den Mitfahrer) sowie der Interessenlage zu entscheiden. Auf einen rechtlichen Bindungswillen des Fahrers kann geschlossen werden, wenn ein ihm erkennbares besonderes Interesse des Fahrgastes an der ordnungsgemässen Durchführung der Fahrt vorliegt. Es muss jeweils durch Auslegung ermittelt werden, ob ein Bindungswille des Fahrers vorliegt.[2] Dies wird in der Regel bei Beförderungen auf Grund beruflicher, geschäftlicher oder finanzieller Interessen der Fall sein;[3] so zum Beispiel bei der Mitnahme zu einem Examenstermin,[4] einer Fahrt zum Bahnhof[5] oder einer Probefahrt mit dem zum Verkauf stehenden Kraftfahrzeug, bei der auch ein Interesse des den Wagen fahrenden Verkäufers an der Durchführung der Fahrt besteht.[6]

---

1) Vgl. RG 29.3.1909, WarnRspr.1909, Nr.357; BGH 22.6.1956, NJW 1956, 1313; OLG Tübingen 11.10.1951, DAR 1951, 178; Enneccerus-Lehmann, § 27 6; Müller, Anm. A I b 6 b zu § 8a StVG; Fischer, S.21; Hitzfeld, S.38.
2) So BGH 22.6.56, NJW 1956, 1313; BGH 21.1.57, DB 1957, 235; Müller, Anm. A I b 6 a zu § 8a StVG; Fischer, S.27.
3) Larenz, BT, § 52 I, S.219; Fischer, S.28; Hitzfeld, S.39.
4) Hitzfeld, S.45, Fn.19.
5) Larenz, BT, § 52 I, S.219; Fischer, S.31.
6) Müller, Anm. A I b 6 a zu § 8a StVG.

2. Gefälligkeitsverhältnis (echte Gefälligkeitsfahrt)

Die Gefälligkeiten des täglichen Lebens und des gesellschaftlichen und freundschaftlichen Verkehrs halten sich normalerweise ausserhalb des rechtsgeschäftlichen Bereichs.[1] Daraus ergibt sich, dass die Mitfahrt aus Gefälligkeit grundsätzlich zu keinem Vertragsverhältnis führt und als reine Gefälligkeit nur dem deliktischen Haftungsrecht untersteht.[2] Im folgenden wird deshalb unter Gefälligkeitsfahrt nur ein Gefälligkeitsverhältnis verstanden; mit Floegel-Hartung kann formuliert werden: "Als 'Gefälligkeitsfahrt' im Sinne dieser Erörterungen wird es angesehen, wenn der im Kraftfahrzeug Beförderte ohne eigenes Interesse des Halters oder Fahrers lediglich entgegenkommenderweise unentgeltlich mitgenommen wird."[3]

---

1) So ausführlich BGH 22.6.56, NJW 1956, 1313; BGH 21.1.57, DB 1957, 235; Larenz, BT, § 52 I S.219.

2) Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 27 6; Müller, Anm. A I b 6 a[1] zu § 8a StVG; Fischer, S.26, 28, insbesondere S.31; Groebe, JW 1936, 1581; Winden, DB 1951, 481; Böhmer, JR 1957, 338; Hitzfeld, S.46 mit mehr Literatur in Fn.21; a.A. Krückmann JW 1932, 3688.

3) Floegel-Hartung, Anm.4 zu § 8a StVG; so sinngemäss auch Fischer, S.2o, 21; Stoll, S.25, 26.

B. Haftungsausschluss bei gewöhnlicher Gefälligkeitsfahrt

I. Begriffsklärung

Eine Gefälligkeitsfahrt ist dann eine "gewöhnliche Gefälligkeitsfahrt", wenn nur die allgemeinen Gefahren des Strassenverkehrs vorhanden sind; diese Gefahren sind keine "b e s o n d e r e n Gefahren" im Sinne dieser Arbeit. Zwar bringt der moderne Strassenverkehr regelmässig auch dann sehr gefährliche Situationen mit sich, wenn keine besonderen, gefahrerhöhenden Umstände vorliegen. Um jedoch normale Gefälligkeitsfahrten von "besonders gefährlichen Gefälligkeitsfahrten" abgrenzen zu können, wird im folgenden von "besonderen Gefahren" nur bei Vorliegen besonderer konkreter Gefahrenlagen (z.B. Trunkenheit oder sonstige Fahruntüchtigkeit des Fahrers, Glatteis auf einer Bergstrasse, schadhafte Bremsen u.ä.) gesprochen; alle anderen Gefälligkeitsfahrten, bei denen nur die allgemeinen Gefahren des Strassenverkehrs vorliegen, werden in dieser Arbeit als "gewöhnliche Gefälligkeitsfahrten" bezeichnet.

II. Grundsatz der unbeschränkten Haftung

Wie oben herausgestellt,[1)] besteht bei einer Gefälligkeitsfahrt im Sinne dieser Arbeit keine vertragliche Haftung. Auch die Gefährdungshaftung des § 7 StVG für aus dem Betrieb

---

1) A II 2.

eines Kraftfahrzeugs resultierende Unfälle scheidet nach § 8a Abs.1 StVG aus, da eine Gefälligkeitsfahrt immer eine unentgeltliche Beförderung darstellt. Mit dieser teilweisen Haftungsfreistellung trägt das Gesetz den allgemeinen Gefahren des Strassenverkehrs Rechnung. Der Fahrer haftet somit für Schädigungen, die er anlässlich einer Gefälligkeitsfahrt seinem Fahrgast zufügt, nur aus unerlaubter Handlung nach § 823 BGB. Aus § 276 BGB ergibt sich, dass er für jede Fahrlässigkeit einzustehen hat.

III. Prüfung von Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten bei gewöhnlicher Gefälligkeitsfahrt

Es erscheint vielen unbillig, dass der Fahrer im Falle eines Unfalles mit weitgehenden Schadensersatzverpflichtungen für seine Gefälligkeit "belohnt" wird. Um diese "Unbilligkeit" über eine generelle Haftungsbeschränkung zu beseitigen, werden die verschiedensten Ansichten vertreten; es wird versucht, den Haftungsmasstab der §§ 823, 276 BGB "durch Spezialnormen, mögen diese gesetzlich formuliert oder ohne eine gesetzliche Formulierung anerkannt sein",[1] abzuändern.

1. Analogie zu den Gefälligkeitsverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches

Die Befürworter eines Analogieschlusses zu den Gefälligkeitsverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches sagen, nicht das Vorliegen eines Vertrages, sondern der Erweis einer Gefälligkeit und die Begründung eines besonderen Vertrauensverhältnisses seien der Grund für die Haftungsminderung in §§ 521, 599 BGB.

---

1) Formulierung von Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, Band I, S.178; vgl. auch Schneyer, S.15; Larenz, Vertrag und Unrecht, 2.Teil, S.79.

Die für Schenkung, Leihe und auch Verwahrung festgelegten Haftungsbeschränkungen könnten deshalb analog auf die Gefälligkeitsfahrt als Gefälligkeitsverhältnis angewendet werden;[1] nicht § 277 BGB soll angewendet werden, sondern stets soll die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein; eine Beschränkung auf diligentia quam in suis sei nicht sinnreich, da der öffentliche Verkehr nie eine eigene Angelegenheit sei.[2]

Eine Haftungsbeschränkung bei der Gefälligkeitsfahrt kann jedoch nicht durch eine solche Analogie begründet werden. Der Hauptgrund dafür ist, dass das Bürgerliche Gesetzbuch nichts über eine Haftungsbeschränkung beim Auftrag sagt, es deshalb einhellige Meinung ist,[3] dass das Haftungsmass des Gefälligen beim Auftrag nicht gemindert ist. Somit regelt das Bürgerliche Gesetzbuch die Haftungsfrage nicht einheitlich für alle Gefälligkeitsverträge, was zur Folge hat, dass die in den anderen Gefälligkeitsverträgen enthaltenen Haftungsbeschränkungen nicht verallgemeinert werden können.[4] Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt nicht den Grundsatz auf, die uneigennützige Wahrnehmung von Fremdinteressen stehe unter einer begrenzten Haftung; die Unterschiede sind "für die rechtliche Wertung so bedeutsam, dass der Annahme eines 'allgemeinen Grundsatzes' und seiner Anwendung auf a l l e Gefälligkeitsverhältnisse begründete Bedenken entgegenstehen".[5] Eine analoge Anwendung der in §§ 521, 599 BGB enthaltenen Haftungsbeschränkungen auf die Gefälligkeitsfahrt ist schon deshalb ausgeschlossen.[6]

Auch die Tatsache, dass die Gefälligkeitsfahrt kein Vertrag ist, spricht gegen die Übernahme der für einige Gefälligkeitsverträge angeordneten Haftungsbeschränkungen.[7] Die abge-

---

1) Enneccerus-Lehmann, § 276; Larenz, Vertrag und Unrecht, 2.Teil, S.79; Flume, a.a.O., S.18o; Geigel, Der Haftpflichtprozess, 1o.Kap., Rn.47.
2) So Larenz, Vertrag und Unrecht, 2.Teil, S.79.
3) Palandt - Gramm, Anm.4 a zu § 662.
4) Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.293: "Dagegen spricht aber einmal die teilweise unterschiedliche Behandlung der Fälle im Gesetz."
5) Larenz, a.a.O., S.293.
6) So auch Hitzfeld, S.49; Schneyer, S.59.
7) RG 16.5.o7, Seuff.Bl.72 (19o7), 1o84; RG 28.5.34, JW 1934, 2o33; BGH 25.3.58, FamRZ 1958, 213; Palandt-Gramm, § 599; Böhmer, MDR 1962, 174; Fischer, S.31.

schwächte Haftung bei den genannten Gefälligkeitsverträgen ist eine Kompensation der Vertragsbindung. Für die Übernahme einer Leistungspflicht, aus welcher dem Gast ein Recht auf Beförderung erwächst, erhält der Fahrer das Haftungsprivileg. Bei der Gefälligkeitsfahrt hat der Fahrgast jedoch keinen Anspruch auf Beförderung, und so ist es auch nicht einzusehen, warum er nicht die vollen Ersatzansprüche haben soll, da vertragliche Leistungspflicht und eingeschränkte Haftung sich gegenseitig bedingen.[1)]

Selbst wenn die Gefälligkeitsfahrt ein Vertrag wäre, müsste erst noch bewiesen werden, dass eine Einschränkung der vertraglichen Haftung Auswirkungen auf die deliktische Haftung hat. Dietz begründete nämlich eingehend, dass vertragliche und deliktische Haftung auf verschiedenen Tatbeständen beruhen und dass deshalb eine vertragliche Haftungsbeschränkung nicht auf die deliktische Haftung anwendbar ist.[2)]

2. Haftungsbeschränkung aus § 7o8 BGB

Eine direkte Anwendung des § 7o8 BGB auf die Gefälligkeitsfahrt ist nicht möglich, denn dafür müssten alle Voraussetzungen eines Gesellschaftsvertrages erfüllt sein; dann läge keine Gefälligkeitsfahrt (reine Gefälligkeit) mehr vor: Ein Gesellschaftsvertrag ist ein Vertrag, in dem sich die Gesellschafter verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.[3)] Sobald aber eine vertragliche Verpflichtung vorliegt, handelt es sich nicht mehr um eine Gefälligkeitsfahrt im Sinne eines reinen Gefälligkeitsverhältnisses; Rechtsprechnung und Literatur gehen bei der Prüfung der

---

1) Böhmer, JR 1957, 338; Hitzfeld, S.49/5o; damit ist auch Beitzke (MDR 1958, 678) widerlegt, der eine strengere Haftung bei einer Gefälligkeitsfahrt als bei vertraglicher Beförderung nicht für tragbar hält.
2) Dietz, S.237 ff; Stoll, S.95/96, schliesst sich dem an.
3) Böhmer, JR 1959, 217; Palandt-Gramm, Anm.2 und 4 zu § 7o5.

Voraussetzungen sehr genau vor.[1)]

§ 7o8 BGB kann auch nicht analog auf die Gefälligkeitsfahrt angewendet werden. Der Hauptgrund dafür ist (wie oben bei B II 1), dass die Gefälligkeitsfahrt auf keinem vertraglichen Verhältnis beruht. Zudem ist § 7o8 BGB eine aus dem römischen Recht übernommene, rechtspolitisch bedenkliche Ausnahmevorschrift.[2)]

-

3. Gefahrengemeinschaft

Vereinzelt wird versucht, eine Haftungsbeschränkung bei der Gefälligkeitsfahrt durch Annahme einer Gefahrengemeinschaft zu erreichen.[3)] Maier[4)] führt dazu u.a. aus, eine solche Gefahrengemeinschaft, die durch Mitnahme im Kraftfahrzeug entstehe und mit einer Hausgemeinschaft, Verkehrsgemeinschaft oder einem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis vergleichbar sei, dürfe zwar nicht zu einer automatischen Haftungsbegrenzung führen; auf der Grundlage des § 157 BGB sei jedoch durch eine mutige Weiterentwicklung des Rechts für den Einzelfall, entsprechend den ihm jeweils zugrunde liegenden Notwendigkeiten, der Gesamtschaden unter Berücksichtigung aller Umstände zu verteilen.[5)] Maier ist nicht imstande, seine Theorie rechtlich zu fundieren. Mit solch vagen Formulierungen kann keine Haftungsbeschränkung konstruiert werden, denn mit der gleichen Berechtigung liesse sich sagen, aus dem Gemeinschaftsgedanken entstünden

---

1) BGH 23.6.54, VRS 7, 6 (7); OLG Stuttgart 23.12.58, MDR 1959, S.388.
2) BGH 16.2.58, VersR 1959, 386; OLG München 8.1o.57, VersR 1958, 459; Böhmer, JR 59, 217; Palandt-Gramm, Anm.1 zu § 7o8; in einem Fall, in dem für eine gemeinsame Autofahrt von drei Sportlern und einem Betreuer ein stillschweigender Gesellschaftsvertrag angenommen wurde (BGH 17.5.6o, VersR 196o, 8o2), entstand eine Diskussion, ob § 7o8 überhaupt anwendbar sei; Böhmer (MDR 1961, 21; MDR 1961, 651; VersR 1961, 393) verneinte die Anwendbarkeit gegen Reiners, MDR 1961, 65o.
3) Flume, JZ 1961, 6o5; Groebe JW 1936, 1581; Louis, JW 1936, 425; Maier, DR 1939, 1417.
4) a.a.O.
5) Maier, DR 1939, 1419.

für den Fahrer besondere Fürsorgepflichten.[1] Ausserdem ist die anlässlich einer Gefälligkeitsfahrt zwischen Fahrer und Fahrgast entstehende Bindung nicht eng genug, um ein echtes Gemeinschaftsverhältnis zu begründen; es wäre eine rechtliche oder tatsächliche Abhängigkeit zweier Personen von gewisser Dauer nötig. Eine solche Beziehung besteht bei einer Gefälligkeitsfahrt zwischen Fahrer und Fahrgast nicht.[2]

Es darf auch nicht übersehen werden, dass die zitierten Autoren Groebe, Louis und Gülde im nationalsozialistischen Rechtsdenken verwurzelt sind: Groebe verlangt für eine rechtliche Konstruktion Volkstümlichkeit und Volksverständlichkeit,[3] Louis stützt die Gemeinschaftsidee auf "nationalsozialistisches Gedankengut",[4] und Gülde versucht, Rechtsgrundsätze herauszuarbeiten, die mit "nationalsozialistischer Weltanschauung" in Einklang stehen.[5]

4. Kausales Rechtsdenken

Löhlein leitet aus der gesetzlichen Interessenbewertung, wie sie den §§ 521, 599 BGB zugrunde liegt, eine Einschränkung der Haftung des Fahrers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ab.[6] Er baut im Anschluss an Müller-Erzbach[7] auf den Grundsätzen des kausalen Rechtsdenkens auf, das durch die Elemente: Interesse, Macht und Vertrauen bestimmt wird.[8] Löhlein schliesst aus dem Umstand, dass das Gesetz in den §§ 521, 599 BGB einem Handeln in fremdem Interesse eine beschränkte Haftung zuordnet, das Gesetz bringe allgemein die Haftung eines Vertragspartners

---

1) So Gülde, DR 1939, 142o; Hitzfeld, S.51.
2) RG 21.6.38, VAE 6, 341; BGH 14.3.61, NJW 1961, 658; Fischer, S.39; Schneyer, S.42.
3) Groebe, JW 1936, 1581.
4) Louis, JW 1936, 425.
5) Gülde, JW 1936, 1584.
6) Löhlein, ZHR 1o2, 297 ff. (316); Löhlein, JR 195o, 132 (134).
7) Müller-Erzbach kommt in AcP 1o6, 475 nach eingehenden Ausführungen über Gefährdungshaftung und Gefahrtragung zu dem Schluss, hier wie überall gebe die Interessenlage den rechtlichen Fingerzeig.
8) Löhlein, JR 195o, 134.

in Einklang mit dem Grad des Eigeninteresses. Das sich daraus ergebende allgemeine Rechtsprinzip besage, dass ein Handeln in einem das eigene Interesse gänzlich oder nahezu völlig ausschliessenden fremden Interesse die Gefährdungshaftung ausschliesse und die Verschuldenshaftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränke.[1] Wegen der Gleichheit der Interessenlage könne es keinen Unterschied machen, ob die Haftung eine gesetzliche oder eine vertragliche sei. Da die Haftungsbeschränkung von der objektiven Interessenlage und nicht von einem in der Person des Verletzten liegenden Umstande abhänge, komme es auch nicht darauf an, "ob der Verletzte subjektiv oder objektiv in der Lage war, die Tatsache der Selbstgefährdung und die gefährdende Tragweite seines Tuns zu überblicken".[2]

Den Haupteinwand gegen Löhleins Theorie bietet die Haftungsregelung beim Auftrag. Denn auch beim Auftrag liegt ein Handeln in fremdem Interesse vor, ohne dass das Gesetz die Haftung des Handelnden beschränkt hat. Auch übernimmt Löhlein in anfechtbarer Weise Grundsätze der vertraglichen Haftung in das Gebiet der Deliktshaftung.[3]

5. Hans-Detlev Fischers Zweistufentheorie

Fischer konstruierte für die Gefälligkeitsfahrt eine Gefahrübernahme als Norm des objektiven Rechts. Er geht davon aus, dass das Rechtsempfinden eine Haftungsbeschränkung verlange.[4] Beim Fehlen besonderer Umstände, also bei der gewöhnlichen Gefälligkeitsfahrt, werde infolge der Gefährlichkeit des Verkehrs und der deshalb erhöhten Möglichkeit einer verschuldeten Verletzung die Haftung für leichte Fahrlässigkeit durch Gefahrübernahme ausgeschlossen. Bei Vorliegen besonderer Gefahren werde sogar die Haftung für grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Diese Gefahrübernahme sei eine Norm des objektiven Rechts; sie beruhe zwar weder auf Gesetz noch auf Gewohnheitsrecht (die Rechtsprechung sei zu uneinheitlich). Trotzdem,

---

1) Löhlein, ZHR 102, 311-316.
2) Löhlein, a.a.O., S.316.
3) Siehe oben B III 1 am Ende; allgemein zu den Versuchen, eine Haftungsbeschränkung bei gewöhnlicher Gefälligkeitsfahrt zu erreichen, siehe unten B III 7.
4) Fischer, S.38.

fährt Fischer fort, "müssen wir die positiv rechtliche Geltung der Haftungsbeschränkung durch eine Gefahrübernahme behaupten. Denn die Haftungsbeschränkung entspricht einem allgemeinen Rechtsempfinden und der Billigkeit".[1)]

Das von Wissenschaft und Rechtsprechung geforderte Ergebnis sei aus zwei Gründen nicht nur ein rechtspolitisches Postulat: a) Der Schadensfall ereigne sich in einem besonderen, im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelten Beziehungsverhältnis der Parteien; b) in dieser Zeit des Umbruchs[2)] sei das einheitliche Rechtsempfinden eine dritte Rechtsquelle neben Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht.[3)]

Schneyer kommt zum gleichen Ergebnis wie Fischer, allerdings mit einer anderen Begründung. Wer Ersatz verlange für einen Schaden, der aus einer Gefahr resultiere, der sich der Geschädigte freiwillig ausgesetzt habe und die er erkennen konnte, setze sich "nach Treu und Glauben mit seinem früheren Verhalten in einen unvereinbaren Widerspruch". Da bei jeder Kraftfahrzeugfahrt die Gefahr eines leicht fahrlässigen Handelns bestehe, könnten daraus resultierende Schäden nicht geltend gemacht werden.[4)]

Fischers Theorie ist konstruktiv unhaltbar. Fischer selbst betont, dass die von ihm vorgeschlagene Lösung weder auf Gesetz noch auf Gewohnheitsrecht beruht.[5)] Fischers "dritte Rechtsquelle neben Gesetz und Gewohnheitsrecht" ist "eine einheitliche Überzeugung, ein einheitliches Rechtsempfinden"[6)] und kann nicht anerkannt werden. Fischer beruft sich auf den "Umbruch unseres Rechtsdenkens und die stürmische Entwicklung, die das Rechtsleben seit 1933 genommen hat", weshalb sich die Kluft zwischen den alten Kodifikationen und den neuen Anschauungen vergrössert habe und die alten Formen zwar nicht zerbrochen, aber weithin nicht mehr vom Wollen der Rechtsgemeinschaft getragen seien; in einer solchen Zeit sei eine Entscheidung praeter und auch contra legem das einzige saubere Mittel, das

---

1) Fischer, S.46 - 48.
2) Fischers Dissertation wurde 1938 gedruckt.
3) Fischer, S.38 ff., insbesondere S.43 - 48.
4) Schneyer, S.75.
5) Fischer, S.46/47.
6) Fischer, S.49.

Neue gegenüber dem Alten durchzusetzen.[1] Diese Argumentation Fischers erscheint, wie Schneyer sich ausdrückt, vom Rechtsdenken eines vergangenen Zeitabschnittes "etwas beeinflusst"[2] und muss abgelehnt werden, da es nach wie vor neben Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht keine dritte Rechtsquelle gibt. Die Anerkennung des "einheitlichen Rechtsempfindens" als dritte Rechtsquelle würde den jeweils herrschenden politischen Verhältnissen einen zu starken Einfluss auf das bestehende Recht einräumen und zu grossen Unsicherheiten in der Rechtsanwendung führen. Auch ein nicht mehr zeitgemässes Recht muss so lange angewendet werden, als es nicht durch Gesetz oder durch Gewohnheitsrecht abgeändert wird oder den heutigen Grundanschauungen so sehr widerspricht, dass es als gesetzliches Unrecht empfunden wird.[3]

Auch Schneyers Theorie scheitert schon am Konstruktiven. Unabhängig davon, wie man die Stellung des § 254 BGB zu § 242 BGB und die Versuche, das Handeln auf eigene Gefahr bei der Gefälligkeitsfahrt bei Vorliegen besonderer Gefahren über § 242 BGB zu lösen, beurteilt,[4] muss festgestellt werden, dass jedenfalls kein widersprüchliches Verhalten darin liegt, Schadensersatz für einen anlässlich einer gewöhnlichen Gefälligkeitsfahrt entstandenen Schaden zu verlangen. Denn es kann nicht behauptet werden, ein Fahrgast bringe durch seine unentgeltliche Mitfahrt zum Ausdruck, er sei mit einer leicht fahrlässigen Fahrweise seines Gastgebers einverstanden, obwohl keine besondere Gefährdung vorliegt.[5] Mit solchen Unterstellungen würden zu grosse Unsicherheiten in die ausservertraglichen[6] Beziehungen hineingetragen.

Auch das von Fischer und Schneyer gefundene Resultat ist unzutreffend, insbesondere ist es kein Ergebnis von Billigkeitsüberlegungen, denn der Fahrgast erwartet, dass der Fahrer et-

---

1) Fischer, S.48/49.
2) Schneyer, S.67.
3) So im Ergebnis schon Gülde, DR 1939, 1142; vgl. auch Schneyer, S.67.
4) Siehe unten C III.
5) Vgl. besonders Böhmer, MDR 1962, 174 und die bei B III 6 unten, Fn.4 auf S.14 zitierte Literatur.
6) Eine Gefälligkeitsfahrt beruht grundsätzlich nicht auf Vertrag, vgl. dazu oben A II 2.

waige Unvorsichtigkeiten unterlässt.[1)]

6. Rechtsgeschäftliche Übereinkunft

Es liegen vereinzelte Entscheidungen vor, die schon aus der Gefälligkeit den Schluss auf einen Haftungsverzicht für leichte Fahrlässigkeit ziehen.[2)] So wird in dem Beschluss des Oberlandesgerichts München[3)] u.a. ausgeführt: "Die Haftung des Beklagten für den durch leichte Fahrlässigkeit verursachten Schaden ist auf Grund stillschweigender rechtsgeschäftlicher Übereinkunft als ausgeschlossen zu betrachten; es entspricht dem Wesen der Gefälligkeitshandlung, dass der Gebende keinerlei Verpflichtung übernehmen will und dass der Empfangende auf die Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet, welche ihm allenfalls aus geringer Unachtsamkeit des Gefälligen zustehen können; ohne die Voraussetzung des Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit ist eine Gefälligkeitshandlung überhaupt nicht vorstellbar."

Wie eine Durchsicht der einschlägigen Rechtsprechung zeigt, sind solche Entscheidungen Einzelfälle geblieben. Denn es entspricht keineswegs dem "Wesen der Gefälligkeitshandlung", einen Vertrag über einen Haftungsausschluss zu vereinbaren, der weit über die im Gesetz vorgenommene Schadensverteilung (§§ 823 BGB und 7, 8a StVG) hinausgeht. Vielmehr müssen, um die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts zu rechtfertigen, besondere Anhaltspunkte gegeben sein, die auf den Abschluss eines solchen hindeuten.[4)]

---

1) Vgl. unten 7.
2) RG 16.3.14, JW 1914, 589; OLG München, Armenrechtsbeschluss vom 11.8.5o, 5 U 359/5o, zitiert nach Geigel, Der Haftpflichtprozess, 1o.Kap., Rn.43.
3) a.a.O.
4) RG in ständiger Rechtsprechung, vgl. etwa RG 16.5.o7, Seuff. Bl.72 (19o7) 1o84; RG 14.4.3o, RGZ 128, 232; RG 22.11.34, RGZ 145, 39o (394); BGH in ständiger Rechtsprechung, vgl. etwa BGH 17.5.51, NJW 1951, 916; BGH 23.3.55, VRS 9, 94; BGH 8.5.56, VersR 1956, 388; BGH 22.6.56, NJW 1956, 1313; BGH 27.6.56, VersR 1956, 589 (59o); BGH 26.1o.56, VersR 1956, 799; BGH 24.9.57, VersR 1957, 718; BGH 24.9.57, VersR 1957,

7. Billigkeit

Durch alle oben wiedergegebenen Konstruktionen eines Haftungsausschlusses zieht sich wie ein roter Faden die Auffassung, die Billigkeit erfordere einen Haftungsausschluss und der Fahrgast könne nicht erwarten, dass der Fahrer in seinem Interesse besonders vorsichtig fahre. Demgegenüber muss festgestellt werden, dass der Fahrgast damit rechnen kann, dass der Fahrer etwaige Unvorsichtigkeiten unterlässt; der Fahrgast erwartet die Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als selbstverständlich. Die durch Fahrlässigkeit herbeigeführten Gefahren sind solche Gefahren, mit denen der Fahrgast ohne besonderen Anlass nicht rechnen muss; er "erwartet sie nicht und hat daher keinen Anlass, auf die Haftung des Kraftfahrers wegen fahrlässigen Fahrens zu verzichten oder diese Gefahr zu übernehmen".[1] Der Fahrgast begibt sich in fremde Obhut und erwartet, dass der Fahrer sich seiner Verantwortung bewusst ist.[2] Zum Billigkeitsargument ist noch zu sagen, dass die Unentgeltlichkeit gegenüber der Möglichkeit einer schweren Schädigung, für die eine Versicherung besteht, nicht ins Gewicht fällt.

733; BGH 29.1o.57, VersR 1958, 176; BGH 25.2.58, VersR 1958, 3o9; BGH 25.3.58, FamRZ 1958, 213; BGH 28.1o.58, VersR 1959, 1o7; BGH 16.12.58, VersR 1959, 386; BGH 3o.4.59, VersR 1959, 5oo; BGH 14.3.61, NJW 1961, 655; BGH 21.11.61, VersR 1962, 252 (253); ausserdem: OLG Bamberg 7.2.52, DAR 1953, 33; OLG Celle 31.1.55, VersR 1955, 17o Nr.22o; OLG Freiburg 4.5.51, VersR 1952, 2o6 (2o7); OLG München 8.1o.57, VersR 1958, 459; OLG München 1o.3.59, VersR 1959, 915; OLG München 1o.3.59, VersR 1959, 915; OLG München 12.7.6o, VersR 196o, 11o2; OLG Nürnberg 26.5.55, VersR 1955, 557; OLG Oldenburg 11.11.55, DAR 1956, 296; OLG Tübingen 11.1o.51, DAR 1951, 178; Enneccerus-Lehmann, § 257 I 6; Hitzfeld, S.52; Larenz, BT, § 71 IV, S.435; Floegel-Hartung, Anm.4 zu § 8a StVG; Müller, Anm. A I b 6 a zu § 8a StVG; Stoll, S.28; Wussow, Rn.1425; Böhmer, JR 1957, 338; MDR 1958, 896; VersR 1958, 662; MDR 1962, 174; von Boehmer, DAR 1957, 228; Carl, JW 1938, 2356; Goltermann, Anm. zu OLG Bamberg vom 21.7.49, VRS 1, 176; Gülde, DAR 1928, 314; Gülde, JW 1936, 1584; Haberkorn, DAR 1959, 169.

1) Böhmer, MDR 1958, 896.

2) Böhmer, MDR 1958, 896; Böhmer VersR 1958, 662; Böhmer, MDR 1962, 175; Gülde, JW 1936, 1584; Hitzfeld, S.51.

Zwischen der Höhe des möglichen Schadens und der unentgeltlichen Leistung des ohnehin fahrenden Kraftfahrers besteht ein krasses Missverhältnis. Für die Empfänger einer Schenkung, Leihe bzw. Verwahrung bestehen nicht annähernd so grosse Gefahren wie für den Fahrgast. Aus der kleinen Leistung des Fahrers kann somit billigerweise nicht auf die Folge des Verlustes erheblicher - durch eine Versicherung gedeckter - Ansprüche geschlossen werden.[1)]

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass auch Hans Stolls Ausführungen[2)] zu keinem anderen Ergebnis führen. Vergleiche dazu unten C I 3 am Ende.[3)]

---

1) Böhmer, MDR 1962, 175.
2) Stoll, Hans: Das Handeln auf eigene Gefahr.
3) S.46.

C. Haftungsausschluss bei Vorliegen besonderer Gefahren - herkömmliche Lösung[1]

I. Willenserklärungstheorie

1. Kurze Entwicklungsgeschichte

Der Begriff "Handeln auf eigene Gefahr" wurde zum erstenmal im Urteil des Reichsgerichts vom 1.1o.19o6[2] erwähnt. Es handelte sich um eine Gefälligkeitsfahrt auf einem unbeleuchteten Fuhrwerk. Das Reichsgericht führt dort aus, die Mitfahrerin habe sich des Schutzes des § 823 BGB wissentlich begeben und habe deshalb keine Ansprüche aus unerlaubter Handlung: "aber wer sich dieses Schutzes wissentlich selbst begibt, der nimmt regelmässig auch das Risiko seines Handelns auf sich. Und wenn auch im vorliegenden Falle nicht schon der Gesichtspunkt durchgreift, dass überhaupt nicht die Verfehlung des Bekl., sondern das freie 'Handeln auf eigene Gefahr' seitens der Kl. als Ursache der Schädigung anzusehen wäre, so fällt doch bei Anwendung des § 254 BGB das gesamte Verhalten der Kl. ... um so mehr zu ihren Ungunsten ins Gewicht."[3]

Mit anderer Begründung wurde die Tierhalterhaftung des § 833 BGB ausgeschlossen, nämlich durch "stillschweigendes Übereinkommen".[4] In der Entscheidung vom 19.3.19o8[5] führt das Reichsgericht bereits aus, es handle sich bei der Konstruktion eines solchen stillschweigenden Haftungsverzichts nicht immer

---

1) Zur Begriffsklärung siehe B I.
2) JW 19o6, 71o Nr.4.
3) RG, a.a.O.
4) RG 18.3.o7, RGZ 65, 313.
5) RGZ 67, 433.

um Auslegung, sondern unter Umständen um eine Ergänzung des fehlenden Willens. Anfangs versuchte das Reichsgericht jedoch stets, den wirklichen Parteiwillen zu erforschen.

Das Handeln auf eigene Gefahr wurde am 29.3.19o9 zum erstenmal als selbständiger Haftungsausschlussgrund verwendet. Das Reichsgericht führte aus, ein bewusstes Handeln auf eigene Gefahr sei "wohl geeignet, einer gerechten, im Sinne des Gesetzes selbst liegenden Ausgleichung gegenüber einer Gefährdungshaftung zu dienen, wie sie der bisherige § 833 BGB dem Tierhalter auferlegt hat" (es handelte sich wieder um eine Mitfahrt auf einem Fuhrwerk).[1)]

Im weiteren Verlauf (bis 1933) stützte sich das Reichsgericht bei der Prüfung, ob eine besondere Gefahr einen Haftungsausschluss bei einer Gefälligkeitsfahrt rechtfertige, wieder ausschliesslich auf die Lehre vom stillschweigenden Haftungsverzicht; das Handeln auf eigene Gefahr wurde nicht mehr herangezogen.[2)]

2. Endstand der herkömmlichen Theorie

a) Der stillschweigende Haftungsverzicht[3)]

Die Haftung für Fahrlässigkeit wurde als durch einen stillschweigenden Haftungsverzicht ausgeschlossen erachtet, wenn besondere Umstände, die über die Gefälligkeit hinausgingen, den Schluss zuliessen, Fahrer und Mitfahrer hätten die Haftung stillschweigend ausgeschlossen.[4)] Der stillschweigende Haftungsverzicht wurde sowohl bei Gefälligkeitsverträgen als auch bei

---

1) WarnRspr.19o9 Nr.357.
2) Vgl. RG 16.3.14, JW 1914, 589 und die Urteile bei Stoll, S.29 - 32.
3) Es muss vorausgeschickt werden, dass eine scharfe Trennung zwischen stillschweigendem Haftungsverzicht und Handeln auf eigene Gefahr im Sinne der herkömmlichen Lehre und Rechtsprechung, die beide Begriffe nach aussen hin zwar meist auseinanderhalten, aber trotzdem beinahe unterschiedslos verwenden, kaum möglich ist.
4) Vgl. etwa RG 17.12.14, JW 1915, 275 (276); RG 14.4.3o, RGZ 128, 232; OLG Düsseldorf 13.1.59, VersR 1959, 568.

Gefälligkeitsfahrten (echten Gefälligkeitsverhältnissen) für möglich erachtet.[1] Ein stillschweigender Haftungsverzicht wurde dann bejaht, wenn sich eine Angebotserklärung des Mitfahrers zum Abschluss eines Haftungsverzichtsvertrages und eine Annahme dieses Angebotes durch den Fahrer konstruieren liessen.[2] Rechtlich gesehen ist ein Haftungsverzichtsvertrag ein Vertrag, in dem auf eine künftige Forderung verzichtet wird. Da § 397 BGB bestehende Forderungen voraussetzt,[3] ist der Haftungsverzichtsvertrag ein nach § 3o5 BGB zulässiger atypischer Vertrag; er ist nicht etwa rechtlich unzulässig, denn solche Vereinbarungen sind üblich und von jeher rechtlich anerkannt. "Derartige Vereinbarungen bewirken rechtlich, dass sie das Entstehen künftiger Forderungen von vornherein ausschliessen."[4]

Der vertragliche Haftungsverzicht erstreckt sich regelmässig nur auf Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit.[5] Teilweise wurde der Kenntnis einer besonderen Gefährdungsmöglichkeit das Vorliegen sonstiger besonderer Umstände gleichgestellt,[6] meist jedoch wurde daran festgehalten, dass von einem stillschweigenden Haftungsverzicht nur die Rede sein kann, wenn dem Betroffenen die besondere Gefährdungsmöglichkeit zum Bewusstsein gekommen war.[7]

---

1) Vgl. RG 1o.3.3o, DAR 193o, 136 und BGH 23.6.54, VRS 7, 6 (7) für ersteren, die vorige Note für letzteren Fall.
2) BGH 17.5.51, NJW 1951, 916.
3) RG 5.6.35, RGZ 148, 257 (262 ff.); Palandt-Danckelmann, Anm.1 b zu § 397; Staudinger-Werner (9.Auflage), Anm.2 zu § 397.
4) BGH 27.9.56, BB 1956, 1o86.
5) Vgl. etwa RG 16.3.14, JW 1914, 589; RG 28.1.37, JW 1937, 1633; BGH 3.7.52, VRS 4, 484; BGH 9.1o.52, VersR 1952, 42o; BGH 16.2.55, VersR 1955, 278; BGH 14.11.58, VersR 1959, 231 (232); OLG Celle 31.1.55, VersR 1955, 17o Nr.22o.
6) BGH 27.6.56, VersR 1956, 589 (59o); BGH 25.3.58, FamRZ 1958, 213; siehe Näheres unten E I.
7) Vgl. dazu und allgemein zum stillschweigenden Haftungsverzicht etwa: RG 19.6.33, RGZ 141, 262; RG 28.5.34, JW 1934, 2o33; RG 22.11.34, RGZ 145, 39o; RG 15.6.38, JW 1938, 2354; BGH 17.5.51, NJW 1951, 916; BGH 3.7.52, VRS 4, 484; BGH 9.1o.52, VersR 1952, 42o; BGH 16.2.55, VersR 1955, 278; BGH 23.3.55, VRS 9, 94; BGH 4.5.55, VersR 1955, 355; BGH 22.6.55, VRS 9, 172; BGH 8.5.56, VersR 1956, 388; BGH 22.6.56, NJW 1956, 1313; BGH 27.6.56, VersR 1956, 589; BGH 26.1o.56, VersR 1956, 799; BGH 29.1o.56, BGHZ 22, 122; BGH 8.1.57, VersR 1957, 315; BGH 24.9.57, VersR 1957, 718; BGH 24.9.57,

b) Das Handeln auf eigene Gefahr

Am 19.6.1933 griff das Reichsgericht[1] den Begriff des Handelns auf eigene Gefahr, den es früher in verschiedenen Bedeutungen gebraucht hatte,[2] wieder auf und formte ihn zu dem, was er bis zum 14.3.1961[3] blieb, gefolgt von der ganz überwiegenden Meinung. Das Reichsgericht führte aus, das Handeln auf eigene Gefahr unterscheide sich rechtlich vom vertragsmässigen stillschweigenden Haftungsverzicht und vom Selbstverschulden. Das Handeln auf eigene Gefahr als Gefahrübernahme bei Gefälligkeitsfahrten sei rechtlich als eine - vorbehaltlich der Grenzen des Erlaubten zulässige - Einwilligung in eine möglicherweise auf der Fahrt eintretende Verletzung des Fahrtteilnehmers zu beurteilen, mit der Folge, dass mit der Einwilligung das Tatbestandserfordernis der Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung und damit eine Haftung des Gegners entfalle, soweit jene Einwilligung reiche. Demnach sei die Einwilligung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und setze das Bewusstsein des Mitfahrers von einer besonderen Gefährdung voraus.[4] Zur Begründung dieser Rechtsansicht bezog sich das Reichsgericht im wesentlichen nur auf Flad,[5] dessen Ausführungen wiederum auf Zitelmann[6] zurückgehen.

VersR 1957, 733; BGH 29.1o.57, VersR 1958, 176; BGH 25.2.58, VersR 1958, 3o9; BGH 25.3.58, FamRZ 1958, 213; BGH 16.12.58, VersR 1959, 386; BGH 3o.4.59, VersR 1959, 5oo; BGH 28.3.61, VRS 2o, 4o1; OLG Bamberg 7.2.52, DAR 1953, 33; OLG Celle 31.1.55, VersR 1955, 17o, Nr.22o; OLG Freiburg 4.5.51, VersR 1952, 2o6 (2o7); OLG Hamburg bei Koch JW 1931, 33o2; OLG Hamm 22.12.5o, VRS 3, 325; KG 2o.12.29, JW 1931, 891; OLG Karlsruhe 14.7.54, VRS 7, 17o; OLG Köln 22.3.54, MDR 1954, 481; OLG München 8.1o.57, VersR 1958, 459; OLG München 1o.3.59, VersR 1959, 915; OLG München 12.7.6o, VersR 196o, 11o2; OLG Nürnberg 26.5.55, VersR 1955, 557; OLG Nürnberg 16.9.57, VersR 1958, 131; OLG Oldenburg 28.11.51, VRS 4, 4; OLG Oldenburg 1.11.55, DAR 1956, 296; OLG Stuttgart 2o.2.6o, VersR 1961, 384; Vgl. auch die in Fn.5 auf S.23 (unten C II 1) zitierte Literatur.

1) RGZ 141, 262.
2) Siehe oben C I 1.
3) BGH 14.3.61 NJW 1961, 655.
4) RG 19.6.33, RGZ 141, 265.
5) Flad, Recht 1919, Spalte 13 ff.
6) Zitelmann, AcP 99, 1 - 13o.

Das Reichsgericht,[1] der Oberste Gerichtshof Köln[2] und der Bundesgerichtshof[3] (bis zum 14.3.1961) haben an dieser Theorie festgehalten. Zwar äusserte der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 25.3.1958 Zweifel an der Richtigkeit der Einwilligungskonstruktion, liess diese aber dahingestellt, da im konkreten Fall ein in seiner Art und Gefährdungsmöglichkeit bekanntes Wagnis nicht bewusst eingegangen worden ist.[4] Auch die Instanzgerichte folgten in ihrer überwiegenden Mehrzahl der Einwilligungstheorie,[5] desgleichen ein Grossteil der Literatur.[6]

Damit war das Handeln auf eigene Gefahr wieder ein Rechtsgeschäft geworden, obwohl es anfangs gerade als Alternative zu dem rechtsgeschäftlichen stillschweigenden Haftungsverzicht verstanden wurde. Das Handeln auf eigene Gefahr war von drei Voraussetzungen abhängig: einer Gefälligkeitsleistung, einer für den späteren Schaden kausal werdenden besonderen Gefährdung und der Kenntnis des Mitfahrers von dieser besonderen Ge-

---

1) Vgl. etwa RG 28.5.34, JW 1934, 2033; RG 15.6.36, WarnRspr. 1936 Nr.145, S.277.
2) OGH BrZ Köln 4.11.49, NJW 1950, 143.
3) Grundlegend BGH 17.5.51, NJW 1951, 916; vgl. auch BGH 9.10.52, VersR 1952, 420; BGH 25.9.52, BGHZ 7, 207; BGH 8.12.54, VersR 1955, 120; BGH 16.2.55, VersR 1955, 278; BGH 23.3.55, VRS 9, 94; BGH 4.5.55, VersR 1955, 355; BGH 22.6.55, VRS 9, 172; BGH 19.11.55, VersR 1956, 48; BGH 8.5.56, VersR 1956, 388; BGH 24.9.57, VersR 1957, 718; BGH 24.9.57, VersR 1957, 733; BGH 25.2.58, VersR 1958, 309; BGH 25.3.58, FamRZ 1958, 213; BGH 21.10.58, VersR 1958, 851; BGH 28.10.58, VersR 1959, 107; BGH 2.12.58, VersR 1959, 368; BGH 12.7.60, VersR 1960, 950.
4) FamRZ 1958, 215.
5) OLG Freiburg 4.5.51, VersR 1952, 206; OLG Hamm 14.12.54, VersR 1955, 171 Nr.223; OLG Karlsruhe 14.7.54, VRS 7, 170; OLG Karlsruhe 16.5.56, VersR 1957, 240; LG München 15.12.60, VersR 1961, 1053; OLG Nürnberg 25.4.58, VersR 1958, 632; OLG Oldenburg 28.11.51, VRS 4, 4; LG Tübingen 13.4.60, MDR 1960, 671.
6) Vgl. etwa Enneccerus-Nipperdey, § 212 II 3; Enneccerus-Lehmann, § 16 I 1 und § 231 III 3; Müller, Anm. A I b 6 a und b zu § 8a StVG; Staudinger-Werner, Rn.27 zu § 254; von Boehmer, DAR 1957, 228; Booss, DR 1939, 1319; Carl, JW 1935, 1461; Floegel-Hartung, Anm.4 zu § 8a StVG; Goltermann, VRS 1, 176; Groebe, JW 1936, 1581; Gülde, DAR 1928, 314; Haberkorn, DAR 1959, 169; diese Zitate beziehen sich auch auf den stillschweigenden Haftungsverzicht.

fährdung. Das Bewusstsein der besonderen Gefährdung führte nur dann zur Annahme einer Einwilligungserklärung, wenn "nach den gesamten Umständen unter Berücksichtigung der im Verkehr zwischen billig denkenden Menschen herrschenden Anschauungen" auf die Abgabe einer solchen Erklärung geschlossen werden konnte.[1] Unter diesem Gesichtspunkt konnte berücksichtigt werden, wenn der Fahrgast sich der besonderen Gefahr in einer Zwangslage ausgesetzt hatte,[2] wenn die Mitfahrt einem besonderen Interesse des Fahrers entsprach[3] oder wenn die Gefahrübernahme mit Rücksicht auf eine Versicherung des Fahrers nicht in Frage kam.[4]

Es kann formuliert werden: "Der Haftungsausschluss wegen 'Handelns auf eigene Gefahr' beruht auf der Erwägung, dass derjenige, der sich bewusst in eine vermeidbare besondere Gefahrenlage hineinbegibt, ohne durch ein rechtliches oder sittliches Gebot hierzu verpflichtet zu sein, dadurch erklärt, die daraus möglicherweise entstehenden Schäden auf sich nehmen zu wollen."[5] Das Auf-Sich-Nehmen wird, wie oben ausgeführt, als eine Einwilligung in eine zukünftige Rechtsgutverletzung verstanden.[6]

---

1) RG 28.5.34, JW 1934, 2o34.
2) BGH 2.12.58, VersR 1959, 368; nach Böhmer, JR 1959, 41I, kann eine Zwangslage auch nach der herkömmlichen Theorie nach § 242 BGB berücksichtigt werden.
3) Vgl. Stoll, S.46, Fn.1 und 2.
4) BGH 9.1o.52, VersR 1952, 42o.
5) Geigel, Der Haftpflichtprozess, 8.Auflage, S.157.
6) Der stillschweigende Haftungsverzicht beruht auf den gleichen Voraussetzungen und hat die gleichen praktischen Folgen, vgl. oben C I 2 a, Fn.3 auf S.18 und unten II 1.

II. Probleme bei Anwendung der herkömmlichen Theorie[1)]

1. Unterscheidung zwischen stillschweigendem Haftungsverzicht und Handeln auf eigene Gefahr

Eine Unterscheidung zwischen stillschweigendem Haftungsverzicht und Handeln auf eigene Gefahr ist kaum möglich, wenn man das Handeln auf eigene Gefahr als Rechtsgeschäft auffasst.[2)] Nur in der Konstruktion ist ein Unterschied feststellbar: Während das Handeln auf eigene Gefahr als Einwilligung in eine Rechtsgutverletzung die Rechtswidrigkeit des Eingriffs beseitigt und ihm rechtmässigen Charakter verleiht, lässt der stillschweigende Haftungsverzicht die Rechtswidrigkeit des Eingriffs unberührt und beseitigt lediglich die Pflicht zum Schadensersatz.[3)] Wenn eine Einwilligungserklärung des Fahrgastes konstruiert werden kann, kann in der Regel in gleicher Weise ein Angebot zu einem Haftungsverzichtsvertrag konstruiert werden; die Annahme einer Zustimmungserklärung des Fahrers bereitet dann auch keine Schwierigkeiten, besonders bei Berücksichtigung der Bestimmung des § 151 BGB.[4)] Demzufolge benützte die Rechtsprechung häufig stillschweigenden Haftungsverzicht und Handeln auf eigene Gefahr simultan.[5)] In den Fällen, in denen die Ur-

---

1) Eine eingehende Beschäftigung mit diesem Problem erübrigt sich wegen der neuen Lehre und Rechtsprechung; eine Übersicht ist jedoch notwendig, vor allem als Grundstock und Vergleichsbasis der modernen Theorie.

2) Vgl. oben C I 2 a, Fn.3 auf S. 18; so auch Stoll, S.49, der im ersten Teil seines Werkes eine umfassende Darstellung von Literatur und Rechtsprechung bringt. Zu Stoll vgl. unten C I 3.

3) Zum Rechtscharakter des stillschweigenden Haftungsverzichts als Vertrag nach § 3o5 BGB siehe oben C I 2 a.

4) So auch Hitzfeld, S.26.

5) RG 19.6.33, RGZ 141, 262; BGH 17.5.51, NJW 1951, 916; BGH 8.12.54, VersR 1955, 12o; BGH 25.2.58, VersR 1958, 3o9; OLG Freiburg 4.5.51, VersR 1952, 2o6; OLG Nürnberg 25.4.58, VersR 1958, 632; OLG Oldenburg 28.11.51, VRS 4, 4; auf die

teile keine solchen Doppelbegründungen enthalten, wurde gleichsam willkürlich entweder stillschweigender Haftungsverzicht oder Handeln auf eigene Gefahr angewendet.[1)]

2. Konstruktion der Willenserklärung

Sowohl zur Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts als auch eines Handelns auf eigene Gefahr ist eine Willenserklärung des Mitfahrers notwendig, und zwar - schon aus definitorischen Gründen - eine konkludente. Diese Tatsache bildet den wichtigsten Ansatzpunkt zur Kritik an der herkömmlichen Theorie.

a) Willenserklärung als Fiktion

Die Formel in all den sich mit Haftungsausschluss befassenden Urteilen, bei einer Gefälligkeitsfahrt könne aus der Tatsache des Wissens des Mitfahrers um eine besondere Gefahr auf eine Willenserklärung, die einen Ausschluss der Haftung für diese erkannte Gefahr zum Ziele habe, geschlossen werden, erregt bereits deshalb Verdacht, weil sie stets in gleicher Form und ohne nähere Untersuchung des Willens des Mitfahrers aufgestellt wird. Zunächst ist es schon unwahrscheinlich, dass der Fahrgast, der mit dem Fahrer keinerlei rechtliche Bindung bezüglich der Durchführung der Gefälligkeitsfahrt eingegangen ist, einen rechtserheblichen Willen hinsichtlich der Haftung bzw. der Widerrechtlichkeit äussert.[2)] Bei wirklicher Untersuchung des Willens des Mitfahrers muss mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs

---

von Wussow (Rn.1422) vorgeschlagene Unterscheidung (Handeln auf eigene Gefahr für gefahrbezogene besondere Umstände - stillschweigender Haftungsverzicht für personenbezogene besondere Umstände) wird unten, E I, eingegangen.

1) Das rechtfertigt die gemeinsame Behandlung von stillschweigendem Haftungsverzicht und Handeln auf eigene Gefahr im folgenden Abschnitt; auch nach Stoll (S.5o) ist es müssig, zwischen stillschweigendem Haftungsverzicht und Handeln auf eigene Gefahr im herkömmlichen Sinne zu unterscheiden.

2) So auch Hitzfeld, S.62.

vom 14.3.1961[1] festgestellt werden, dass aus dem Umstand, dass der Mitfahrer die besondere Gefahr kennt, noch kein sicherer Schluss auf die Abgabe einer Willenserklärung mit dem Ziel einer Haftungsfreistellung des Fahrers gezogen werden kann, denn der Fahrgast wird in der Regel hoffen, die Gefahr werde sich nicht verwirklichen. Deshalb wird er die Notwendigkeit eines Haftungsausschlusses nicht erkennen. Es besteht ferner kein Anlass anzunehmen, der Fahrer könne diese durchaus typischen Vorstellungen des Fahrgastes fälschlich als Angebot zu einem Haftungsausschluss auffassen. Auch Hitzfelds Argument, es sei möglich, dass der Fahrgast an seine unterhaltsbedürftigen Angehörigen denkt,[2] verdient in diesem Zusammenhang Erwähnung.

Eine die Haftung ausschliessende Willenserklärung des Fahrgastes kommt überhaupt nicht in Frage, wenn der Fahrgast nur wegen einer besonderen Zwangslage mitfuhr oder wenn ein besonderes Interesse des Fahrers an der Mitfahrt bestand; dies wurde von der herkömmlichen Lehre richtig erkannt.[3] Die Konstruktion einer die Haftung ausschliessenden Willenserklärung ist sehr problematisch, wenn der Fahrgast weiss, dass der Fahrer gegen Unfall versichert ist, vor allem wegen der heute bestehenden Versicherungspflicht; normalerweise kann nicht angenommen werden, dass der Mitfahrer zugunsten der Versicherungsgesellschaft auf seine Ansprüche verzichten will.[4]

Im Regelfall liegt somit eine einen Haftungsausschluss bezweckende Willenserklärung des Fahrgastes nicht vor, ihre Konstruktion ist vielmehr eine reine Fiktion;[5] ob eine fallgerechte Auslegung im Einzelfall ein anderes Ergebnis zeitigen kann, bleibt vorerst dahingestellt.[6] Mit Stoll kann gesagt

---

1) NJW 1961, 656; vgl. auch OLG Oldenburg 1.11.55, DAR 1956, 296.
2) Hitzfeld, S.56.
3) Vgl. oben C I 2 b, Fn.2 und 3 auf S.22.
4) Näheres zu diesem Problem siehe unten E III 2 d.
5) So auch Larenz, AT, § 15 I b, S.168; sehr eingehend Hitzfeld, S.55 - 64; Böhmer, MDR 1958, 77; Fischer, S.13 ff.; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, Band I, S.180; Venzmer, S.59; Wangemann, NJW 1955, 85 ff.
6) Siehe unten E III.

werden: "Es liegt auf der Hand, dass sich dieses komplizierte System aus dem am Einzelfall orientierten Suchen nach objektiver Situationsgerechtigkeit erklärt, seine Geltung aber nicht auf einem vorangehend erklärten Parteiwillen beruhen kann."[1)]

b) Bedeutung des Gefährdungsbewusstseins

Wie oben ausgeführt,[2)] machte die Rechtsprechung die Annahme einer Willenserklärung vom Vorliegen eines Gefährdungsbewusstseins beim Mitfahrer abhängig. In der Entscheidung vom 17.5.1951[3)] führt der Bundesgerichtshof zunächst zutreffend aus, ein Haftungsausschluss müsse nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern könne auch vorliegen, "wenn sich der Fahrgast keine besonderen Gedanken oder Vorstellungen darüber gemacht hat, aber sein ganzes Verhalten nach den Umständen unter Berücksichtigung der Anschauungen, die im Verkehr zwischen billig und gerecht denkenden Menschen herrschen, von dem Wagenführer so aufgefasst und ausgelegt werden muss und darf, dass der Fahrgast auf die Haftung verzichten oder auf eigene Gefahr handeln wolle".[4)] Dann fährt der Bundesgerichtshof inkonsequenterweise fort: "Ist sich der Fahrgast einer Gefährdung durch zur Zeit des Antritts der Fahrt bereits vorliegende Umstände, die später den Eintritt des Unfalls zur Folge haben, überhaupt nicht bewusst, so erscheint es ausgeschlossen, die Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung durch den Fahrgast anzunehmen. ... Die Abgabe der hier in Frage kommenden Willenserklärungen setzt also begrifflich voraus, dass der Fahrgast sich tatsächlich der Möglichkeit des Eintritts einer Gefahr durch die ihm bekannten Umstände bewusst gewesen ist."[5)]

Im ersten Teil dieses Urteils stellt der Bundesgerichtshof richtigerweise auf den zu ermittelnden objektiven Erklärungswert ab, denn massgeblich ist der erklärte Wille, also

---

1) Stoll, S.314.
2) Siehe oben C I 2 a und b, insbesondere Fn.7 auf S.19.
3) NJW 1951, 916.
4) BGH, a.a.O.
5) BGH, a.a.O.

das, was als Wille für den Fahrer erkennbar geworden ist.[1] Deshalb ist es nicht folgerichtig, wenn der Bundesgerichtshof im weiteren Verlauf seiner Ausführungen betont, das Gefährdungsbewusstsein müsse beim Mitfahrer tatsächlich vorgelegen haben. Zwar hängt das Zustandekommen einer Willenserklärung vom Vorhandensein eines Gefährdungsbewusstseins ab; bei fehlendem Gefährdungsbewusstsein würde jedoch ein Wegfall der Ersatzansprüche durch Ersatz des Vertrauensschadens bewirkt. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Das Zustandekommen einer Willenserklärung setzt begrifflich das Bewusstsein des Schuldners von einer besonderen Gefahr voraus, denn das Gefährdungsbewusstsein ist als Bestandteil des Erklärungsbewusstseins Voraussetzung für das Zustandekommen einer wirksamen Willenserklärung: Eine Willenserklärung besteht regelmässig aus dem objektiven Tatbestand und dem inneren Tatbestand, der sich aus Handlungswillen, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswillen zusammensetzt.[2] Wenn der Fahrgast nicht das Bewusstsein einer bevorstehenden Gefährdung hat, dann hat er auch kein Erklärungsbewusstsein, das heisst er hat dann keine Kenntnis von den Umständen, die seinem Verhalten eine rechtsgeschäftliche Qualifikation in Richtung auf einen Haftungsausschluss hin geben können.[3] Fehlendes Erklärungsbewusstsein führt zur Nichtigkeit der Erklärung;[4] im Falle einer fahrlässigen Unkenntnis ist der Handelnde allerdings zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet.[5] Es wäre dann zwar kein Haftungsausschluss zustandegekommen, der Fahrgast müsste dem Fahrer aber den Schaden ersetzen, den dieser durch sein Vertrauen auf das Zustandekommen eines Haftungsausschlusses erlitten hat; dieser Schaden besteht aus der Schadensersatzverpflichtung, auf die der Fahrgast deshalb verzichten müsste. Auf diese Weise könnte der Fahrgast bei folgerichtiger Anwen-

---

1) Statt vieler Palandt-Danckelmann, Anm.4 b zu § 133.
2) Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 4; Lehmann, § 3o III 2.
3) So auch Hitzfeld, S.78.
4) Subjektive Theorie (h.M.), Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 4, Fn.26 und § 167 II 2; Lehmann, §34 III 1b.
5) Analog §§ 118, 122 BGB, siehe Enneccerus-Nipperdey und insbesondere Lehmann, a.a.O.

dung der Willenserklärungskonstruktion trotz fehlenden Gefährdungsbewusstseins seine Ersatzansprüche gegen den Fahrer verlieren.

Zum gleichen Ergebnis kommen Stoll[1] und Wangemann[2] mit einer etwas anderen Begründung: Sie betrachten offensichtlich das Gefährdungsbewusstsein als Bestandteil des Geschäftswillens. Dann hat das Fehlen des Gefährdungsbewusstseins das Fehlen des Geschäftswillens zur Folge, was die Willenserklärung nicht nichtig, wohl aber anfechtbar macht; die Anfechtung zöge wiederum die Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens nach sich, wodurch der Fahrgast seine Schadensersatzansprüche verlöre.

Da es, wie gezeigt, für den rechtsgeschäftlichen Haftungsausschluss herkömmlicher Art theoretisch nicht notwendig wäre, dass sich der Fahrgast der besonderen Gefährdung auch wirklich bewusst wäre, rechtspolitisch aber ein vollkommener Haftungsausschluss ohne Gefährdungsbewusstsein des Fahrgastes verfehlt wäre, erhob die Rechtsprechung das Gefährdungsbewusstsein, ohne es ausdrücklich zuzugeben, zum positiven Tatbestandsmerkmal. Damit wurde aus rechtspolitischen Gründen eine systematisch richtige Lösung zugunsten einer fragwürdigen Sonderkonstruktion aufgegeben.[3]

c) Sittenwidrigkeit der Einwilligung beim Handeln auf eigene Gefahr

Ein besonderes Problem sind die Grenzen, die die Vorschriften der §§ 134, 138 BGB der Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Einwilligung setzen. Gerade die Gefälligkeitsfahrten unter besonderen gefahrerhöhenden Umständen bringen stets die Gefahr des Todes oder zumindest der schweren Verletzung der Insassen mit sich. Die Einwilligung zur Tötung (wie auch die Tötung selbst) verstösst gegen die guten Sitten[4] und ist

---

1) Stoll, S.314.
2) Wangemann, NJW 1955, 85.
3) Zum ganzen Komplex vgl. Hitzfeld, S.64 ff., und Venzmer, S.59, Fn.5.
4) Allgemeine Meinung, vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 212 II 3;

deshalb nach § 138 Abs.1 BGB nichtig, so dass ein Handeln auf eigene Gefahr als Einwilligung im Falle eines tödlichen Unfalles nicht in Frage kommt.

Ähnlich ist es, wenn die Einwilligung der Rechtfertigung einer Körperverletzung dienen soll. Es gibt hier zwar kein absolutes Verbot, vielmehr kommt es wiederum darauf an, ob sich die Einwilligung (bzw. die Tat) mit der Sittenauffassung der Allgemeinheit in Einklang befindet.[1] Das bedeutet, dass die Einwilligung auch bei blosser Körperverletzung in aller Regel nichtig ist: Bei einer Körperverletzung anlässlich einer Trunkenheitsfahrt (der praktisch häufigsten Ursache für einen Unfall bei einer Gefälligkeitsfahrt) ist in keiner Beziehung ein Handeln gemäss der Sittenauffassung der Allgemeinheit denkbar;[2] bei anderen Gefälligkeitsfahrten müssten schon ganz besondere Umstände die Verletzung sittlich rechtfertigen. Das wurde in der Rechtsprechung der Strafgerichte stets erkannt,[3] in der zivilen Rechtsprechung im Anschluss an Flads Ausführungen[4] zwar manchmal ausgesprochen, aber nicht beachtet. So ist der Vorbehalt der "Grenzen des Erlaubten"[5] zwar stets gemacht, jedoch gewöhnlich nicht berücksichtigt, denn in den meisten entschiedenen Fällen (vor allem bei Trunkenheitsfahrten) hätten diese Grenzen näher untersucht werden müssen; mit der Auswirkung der Gesetz- und Sittenwidrigkeit auf die Wirksamkeit des Handelns auf eigene Gefahr hat sich die Rechtsprechung nur in einem einzigen Fall beschäftigt.[6]

Folglich kann gesagt werden, das Handeln auf eigene Ge-

Enneccerus-Lehmann, § 231 III 3; Larenz, BT, § 66 e 1, S.378; BGH 22.1.53, BGHSt 4, 88.

1) Allgemeine Meinung, vgl. Maurach, AT, § 28 I 4, BT, § 8 III A; Zitelmann, S.78 ff.; BGH 22.1.53, BGHSt 4, 88; vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, § 212 II 3: "Diesem, für das Gebiet der Körperverletzung in § 226a StGB ausgesprochenen Grundsatz, kommt eine allgemeine Bedeutung zu."

2) So besonders Stoll, S.3o7.

3) Vgl. grundsätzlich BGH 22.1.53, BGHSt 4, 88 und die Anmerkung von Krumme zu dieser Entscheidung in LM Nr.2 zu § 226a StGB.

4) Flad, Recht 1919, Spalte 17.

5) Vgl. die Grundsatzentscheidungen RG 19.6.33, RGZ 141, 262 und BGH 17.5.51, NJW 1951, 916.

6) BGH 25.9.52, BGHZ 7, 2o7.

fahr in seiner herkömmlichen Begründung war stets vom Ausmass der Verletzung abhängig; wegen Gesetz- und Sittenwidrigkeit der Einwilligung hätte es in den meisten entschiedenen Fällen ausscheiden müssen.[1)]

d) Einwilligung als Rechtshandlung

Das Strafrecht ist nicht nur genauer bezüglich der Gesetzmässigkeit der Einwilligung, sondern auch in Hinblick auf ihre Rechtsnatur. Im Gegensatz zur Rechtsgeschäftstheorie des Zivilrechts herrscht im Strafrecht die Rechtshandlungstheorie. Sie betrachtet im Anschluss an die Entscheidung des Reichsgerichts vom 3.7.19o8[2)] die Einwilligung als ein bewusstes, inneres Einverständnis des Verletzten mit dem Angriff auf seinen Schutzwert und damit als Preisgabe des geschützten Interesses, als Aufgabe des Rechtsschutzwillens.[3)] Auf die Einwilligung als Rechtshandlung sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Geschäftsfähigkeit und Willensmängel unanwendbar. Sie setzt nur eine konkrete Einsichts- und Urteilsfähigkeit neben einer unbeeinträchtigten Willensfreiheit voraus.[4)]

Vor der generellen Überprüfung der Einwilligungstheorie für das Handeln auf eigene Gefahr[5)] hielt der Bundesgerichtshof im Anschluss an seine Entscheidung vom 17.5.1951[6)] stets daran fest, es sei eine rechtsgeschäftliche Einwilligung erforderlich. Der Bundesgerichtshof liess jedoch eine Änderung seiner Ansicht seit der Entscheidung vom 5.12.1958[7)] erwarten, in der festgestellt wurde, dass die Einwilligung zu einer Operation kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung ist.[8)]

---

1) Vgl. Krumme, Anm. zu BGHSt 6, 232 in LM Nr.2 zu § 315a Abs.1 Ziff.4 StGB; Schwarze, VersR 1955, 199; Wangemann, NJW 1955, 85 und MDR 1956, 385; BGH 14.3.61, NJW 1961, 657.
2) RGSt 41, 392 (395).
3) Maurach, AT, § 28 I 1 und 2 b.
4) RG 3.7.o8, RGSt 41, 392 (395).
5) BGH 14,3,61, NJW 1961, 655.
6) NJW 1951, 916; vgl. auch BGH 25.3.58, FamRZ 1958, 213.
7) NJW 1959, 811; siehe auch Hauss, Anm. zu BGH 5.12.58 in LM Nr.3 zu § 1o7.
8) Das LG Tübingen betrachtete daraufhin in der Entscheidung vom 13.4.6o, MDR 196o, 671, die Einwilligung im Rahmen einer Mitfahrt auf eigene Gefahr als Rechtshandlung.

In der Literatur gab es schon länger Stimmen, die die Einwilligung zu einer Körperverletzung als Rechtshandlung betrachteten.[1)]

3. Geschäftsfähigkeit

Solange man das Handeln auf eigene Gefahr als rechtsgeschäftliche Einwilligung auffasste, konnten Minderjährige und sonstige in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen keinen Haftungsausschluss herbeiführen.[2)] Die gelegentliche Unterstellung, der gesetzliche Vertreter willige in einen Haftungsausschluss seines Kindes stillschweigend ein,[3)] war eine reine Fiktion (weil ein solcher Haftungsausschluss sehr weitreichende, für das Kind nachteilige Folgen hätte haben können[4)]) und deshalb unhaltbar.

Das Ergebnis, nämlich dass ein Minderjähriger keinen Haftungsausschluss herbeiführen konnte, erscheint nicht gerechtfertigt, vor allem angesichts der Tatsache, dass 18-jährige Minderjährige infolge der Bestimmung des § 7 StVZO grundsätzlich für den Strassenverkehr als reif angesehen werden und einen Führerschein erwerben können.[5)]

Weiterhin konnte der gesetzliche Vertreter mit Wirkung für den von ihm Vertretenen einen Haftungsausschluss herbeiführen, was keinesfalls als billig erscheint.[6)]

Wegen der Notwendigkeit des Zugangs der Einwilligungser-

---

1) Dietz, S.226 ff., besonders 228; Larenz, BT, § 66 e 1, S.378; Boehmer, MDR 1959, 705; Hauss, Anm. zu BGH 5.12.58 in LM Nr.3 zu § 107.
2) Vgl. etwa RG 19.6.33, RGZ 141, 262; OLG Bamberg 21.7.49, VRS 1, 176; OLG Nürnberg 25.4.58, VersR 1958, 632; Geigel, Der Haftpflichtprozess, 10.Kap., Rn.22; Müller, Anm. A I b 6 a zu § 8a StVG; a.A. u.a. Böhmer, MDR 1958, 77 und VersR 1959, 746; Wangemann, NJW 1955, 85.
3) So OLG Schleswig 21.10.49, VRS 2, 1; auch Giese, VRS 2, 2 tendiert in einer Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Schleswig, a.a.O., zu dieser Unterstellung.
4) Vgl. BGH 25.3.58, FamRZ 1958, 213; Hitzfeld, S.86.
5) Vgl. Hitzfeld, S.89; Wangemann, NJW 1955, 85; BGH 14.3.61, NJW 1961, 657.
6) So auch Hitzfeld, S.92.

klärung[1] kam es auch darauf an, ob der Fahrer die bewusste Selbstgefährdung erkannt hat,[2] was vor allem nach Alkoholgenuss des Fahrers fraglich sein konnte.

Schliesslich soll noch auf die Komplikationen hingewiesen werden, die im Zusammenhang mit §§ 276 Abs.1 Satz 3, 827, 828, 829 BGB auftraten, wenn der Fahrgast oder der Fahrer oder beide betrunken waren.[3]

4. Bewusstsein des Fahrgastes von der besonderen Gefahr

Voraussetzung für einen Haftungsausschluss durch Handeln auf eigene Gefahr und stillschweigenden Haftungsverzicht im Sinne der herkömmlichen Theorie war das positive Bewusstsein des Mitfahrers von der drohenden Gefahr.[4] Die Rechtsprechung war in dieser Beziehung sehr streng; sie liess es nicht genügen, wenn der Fahrgast von dem Alkoholgenuss des Fahrers wusste. Er musste daraus auch den Schluss gezogen haben, dass der Fahrer nicht mehr imstande war, ein Kraftfahrzeug sicher und ordnungsgemäss zu lenken.[5] Etwas grosszügiger waren die Gerichte, wenn von Anfang an eine Wein- oder Bierreise geplant war.[6]

---

1) Vgl. Palandt-Danckelmann, Anm.1 b zu § 13o; nach Boehmer, MDR 1959, 7o5, ist kein Zugang notwendig, da die Einwilligung keine Willenserklärung ist.
2) So zuletzt BGH 14.3.61, NJW 1961, 657.
3) Soweit diese Probleme für den stillschweigenden Haftungsverzicht von Interesse sind, werden sie unten, E III, behandelt.
4) Vgl. etwa RG 19.6.33, RGZ 141, 262; RG 28.1.37, JW 1937, 1633; RG 15.6.38, JW 1938, 2354; BGH 17.5.51, NJW 1951, 916; BGH 2.6.54, VersR 1954, 391; BGH 23.3.55, VRS 9, 94; BGH 4.5.55, VersR 1955, 355; BGH 22.6.55, VRS 9, 172; BGH 25.2.58, VersR 1958, 3o9; BGH 2.12.58, VersR 1959, 368; BGH 2.12.58, VersR 1959, 37o; Böhmer, DAR 1951, 21 und VersR 1958, 662; Boehmer, DAR 1957, 228; Geigel, Der Haftpflichtprozess, 1o.Kap., Rn.23; Wangemann, NJW 1955, 85.
5) Grundlegend BGH 17.5.51, NJW 1951, 916; ausserdem RG 26.11.36, VAE 3 (1937) Nr.123, S.117; BGH 12.7.6o, VersR 196o, 95o; vgl. auch die vorhergehende Fussnote.
6) So BGH 9.1o.52, VersR 1952, 42o; OLG Freiburg 4.5.51, VersR 1952, 2o6.

In den Fällen, in denen es dem Fahrgast nicht nachgewiesen werden konnte, dass er sich der besonderen Gefährdungssituation bewusst gewesen ist, wurde dem Fahrgast ein Mitverschulden zur Last gelegt, wenn er die besondere Gefährdung hätte erkennen müssen oder können.[1)]

Offensichtlich haben die Gerichte diese Möglichkeit der elastischen Schadensverteilung nach § 254 BGB dem starren Haftungsausschluss als Folge von Handeln auf eigene Gefahr oder von stillschweigendem Haftungsverzicht vorgezogen. Um nach § 254 abwägen zu können, stellten die Gerichte besonders hohe Anforderungen an den Nachweis des Gefährdungsbewusstseins, mit der Folge, dass es in der Praxis meist nicht zur Annahme eines Handelns auf eigene Gefahr oder eines stillschweigenden Haftungsverzichts, sondern zur Anwendung des § 254 BGB kam.[2)] Diese Gerichtspraxis liess an der Zweckmässigkeit und Brauchbarkeit der von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Haftungsausschlussmöglichkeiten des Handelns auf eigene Gefahr und des stillschweigenden Haftungsverzichts zweifeln; die praktische Bedeutung dieser Konstruktionen hielt in keiner Weise mit ihrer Diskussion in Rechtsprechung und Rechtslehre Schritt.

5. Ausmass des zugelassenen Verschuldens

Rechtsprechung und Literatur nahmen an, durch Handeln auf eigene Gefahr und stillschweigenden Haftungsverzicht werde grundsätzlich nur die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen, es sei denn, es lägen ganz besondere Umstände vor.[3)]

---

1) Vgl. BGH 17.12.52, LM § 254 (G) Nr.2; BGH 2.6.54, VersR 1954, 391; BGH 23.3.55, VRS 9, 94; BGH 22.6.55, VRS 9, 172.
2) Siehe BGH 14.3.61, NJW 1961, 657; so fand Stoll (S.43) unter 17 BGH-Entscheidungen nur eine (die vom 9.1o.52, VersR 1952, 42o), in der ein Haftungsausschluss bejaht wurde und nicht auf § 254 BGB zurückgegriffen wurde.
3) Vgl. etwa BGH 17.5.51, NJW 1951, 916; BGH 9.1o.52, VersR 1952, 42o; BGH 16.2.55, VersR 1955, 278; OLG Bamberg 7.2.52, DAR 1953, 33; OLG Köln 22.3.54, MDR 1954, 481; OLG München 8.1o.57, VersR 1958, 459; OLG Schleswig 21.1o.49, VRS 2, 1; von Boehmer, DAR 1957, 228; Müller, Anm. A I b 6 a[1] zu § 8a StVG; RG 28.1.37, JW 1937, 1633; OLG Celle 31.1.55, VersR 1955, 17o Nr.22o.

Danach müssten aus den besonderen die ganz besonderen Umstände ausgesondert werden, die den Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit rechtfertigen. Die Unterscheidungsmöglichkeit ist sehr fraglich.

Für den Regelfall (Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit) ergab sich die Schwierigkeit, dass eine offensichtliche Gefahr bereits Voraussetzung für das Gefährdungsbewusstsein war, dass sich aber aus dieser offensichtlichen Gefahr meist die einer groben Fahrlässigkeit ergab. Solange die Trunkenheit nur zu leichter Fahrlässigkeit führt, wird sich aus ihr keine offensichtliche Gefahr ergeben. Für den Normalfall führte das zu der schon oben bei Punkt 4 gezeigten Folge, dass es nämlich zu keinem Haftungsausschluss durch Handeln auf eigene Gefahr oder stillschweigenden Haftungsverzicht kam; das Bewusstsein des Fahrgastes von der besonderen Gefahr setzte Situationen voraus, die so gefährlich waren, dass sie meist zu grobfahrlässig verursachten Unfällen führten, während die Haftung gewöhnlich nur für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen wurde.[1)]

6. Auswirkung auf ein Gesamtschuldverhältnis

Die Frage nach der Auswirkung eines Haftungsausschlusses auf einen Zweitschädiger ist eine der umstrittensten in der herkömmlichen Theorie. Es werden alle Meinungen vertreten: In der Rechtsprechung vorherrschend ist die Anschauung, dass ein zwischen Fahrer (Erstschädiger) und Fahrgast vorgenommener Haftungsausschluss weder auf das Verhältnis Fahrgast - Zweitschädiger noch auf das Verhältnis Zweitschädiger - Fahrgast Einfluss hat.[2)] Demnach könnte der Fahrgast gegen den Zweitschädiger seinen vollen Schaden geltend machen; letzterer wäre zum Rückgriff gegen den Fahrer berechtigt.

---

1) So auch Wangemann, MDR 1956, 385.
2) BGH 3.2.54, BGHZ 12, 213; BGH 14.11.58, VersR 1959, 231 (232); BGH 27.6.61, NJW 1961, 1966 (1967); Soergel-Schmidt, Rn.13 zu § 254; Staudinger-Werner, Rn.21 zu § 254; Maier, DR 1939, 1420.

Zu einem anderen Ergebnis kommt Küster,[1] der dem Zweitschädiger in Fällen, in denen der Fahrer kraft rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Beschränkung dem Fahrgast gegenüber von der Haftung befreit ist, den Ausgleichsanspruch gegen den Fahrer abspricht.

Die dritte Hauptmeinung kommt zu einer Freistellung des Fahrers und zu einer Belastung des Zweitschädigers mit der auf ihn entfallenden Schadensquote durch eine Verkürzung des Anspruchs des Fahrgastes gegen den Zweitschädiger. Zu dieser Kürzung kommen die Anhänger dieser Theorie durch Auslegung der Einwilligungserklärung: Der Fahrgast stelle den Fahrer von jeder Verpflichtung zum Ersatz seines zukünftigen Schadens frei. Um eine Regressnahme des Zweitschädigers zu verhindern, dürfe der Fahrgast nicht den ganzen Schaden vom Zweitschädiger ersetzt verlangen.[2] Dadurch bleiben die Wirkungen des Haftungsausschlusses ohne Mehrbelastung des Zweitschädigers bestehen.[3]

III. Behandlung des Handelns auf eigene Gefahr als Fall eines venire contra factum proprium

1. Begründung der Theorie

Angesichts der offensichtlichen Problematik der höchstrichterlichen Einwilligungstheorie führte in Abwehrstellung gegen den Bundesgerichtshof ein bedeutender Teil der Literatur den Haftungsausschluss durch Handeln auf eigene Gefahr unmittelbar auf die Vorschrift des § 242 BGB zurück. Angeführt von Geigel, Wangemann und Böhmer, deckten die Vertreter dieser Theorie all die Schwächen der rechtsgeschäftlichen Theorie auf;

---

1) Küster, AcP 148, 309-338.
2) Müller, Anm. C I a 4 b[1] aa zu § 17 StVG; Böhmer, NJW 1956, 1018; Hoffmann, RdK 1955, 184; Reinicke, NJW 1954, 1641; Venzmer, S.212/213.
3) Vgl. die ausführliche Behandlung dieses Fragenkreises bei E IV unten.

unter Besinnung auf die vor der Übernahme der rechtsgeschäftlichen Einwilligungstheorie durch das Reichsgericht liegende Rechtsprechung wurde der Haftungsausschluss durch Handeln auf eigene Gefahr als Anwendungsfall des § 242 BGB in Form eines venire contra factum proprium, eines gegen Treu und Glauben verstossenden widersprüchlichen Verhaltens, konstruiert.[1] Diese Theorie lehnte die rechtsgeschäftliche Theorie für Handeln auf eigene Gefahr und stillschweigenden Haftungsverzicht gleichermassen ab, stellte jedoch nur für das Handeln auf eigene Gefahr einen Ausweg zur Verfügung, ohne den Rechtscharakter des stillschweigenden Haftungsverzichtes näher zu durchleuchten.

Die Vertreter dieser Theorie trugen nur wenige Einzelheiten zur Ausgestaltung dieser Lehre bei. So betonte Geigel anlässlich der Begründung der Lehre, die Rechtsprechung müsse im Interesse der Rechtssicherheit die Voraussetzungen für die Anwendung des § 242 BGB in diesem Zusammenhang festlegen; dann sei in Fällen, in denen § 254 BGB nicht anwendbar sei, eine gerechte Entscheidung über § 242 BGB möglich.[2] Im Anschluss daran formulierte das Oberlandesgericht Oldenburg nach einer eingehenden Kritik an der Rechtsgeschäftstheorie des Bundesgerichtshofs ganz einfach: "Man wird also mit Geigel davon ausgehen müssen, dass beim Handeln auf eigene Gefahr Ersatzansprüche wegen eines Schadens, der aus der vom Handelnden auf sich genommenen Gefahr erwächst, deswegen ausgeschlossen sind, weil es gegen Treu und Glauben verstiesse, für die Folgen eines solchen Handelns nachträglich einen anderen verantwortlich zu machen."[3]

Am exaktesten begründete Schneyer die Ansicht, das Handeln auf eigene Gefahr sei ein Fall des venire contra factum proprium und deshalb nach § 242 BGB zu beurteilen: Ein unzulässiges wi-

---

1) Vgl. allgemein Geigel, Der Haftpflichtprozess, 1o.Kap. Rn.19 ff.; Geigel, JZ 1951, 59o; Böhmer, VersR 1957, 2o5; VersR 1959, 746; MDR 1958, 77; MDR 196o, 672; Wangemann, NJW 1955, 85 und MDR 1956, 385; Bemmann, VersR 1958, 583-586; Schneyer, S.92; Venzmer, S.59; OLG Oldenburg 1.11.55, DAR 1956, 296.

2) Geigel, Der Haftpflichtprozess, 8.Auflage, S.161 oben; Geigel, JZ 1951, 59o.

3) OLG Oldenburg 1.11.55, DAR 1956, 296.

dersprüchliches Verhalten liege vor, "wenn ein mit der Teilnahme an der Gefälligkeitsfahrt unvereinbares Verhalten des Gastes darin zu sehen wäre, dass er nach einem Unfall von dem Fahrer Schadenersatz verlangt".[1] Bei einer Gefälligkeitsfahrt bestehe kein Gleichgewicht zwischen Entgelt und Haftung; das Gleichgewicht könne deshalb nur durch Heranziehung übergesetzlicher Grundsätze hergestellt werden; wer Schadensersatz verlange für einen Schaden, der aus einer Gefahr resultiere, der sich der Geschädigte freiwillig ausgesetzt habe und die er hätte erkennen können,[2] setze sich nach Treu und Glauben mit seinem früheren Verhalten in einen unvereinbaren Widerspruch.[3]

Wangemann schliesslich erwähnt Treu und Glauben überhaupt nur ganz am Rande;[4] er stellt mehr auf ein die Haftung ausschliessendes tatsächliches Verhalten des Fahrgastes ab. Er geht vom Handeln auf eigene Gefahr ursprünglicher Prägung aus, das sich von § 254 BGB rechtssystematisch nicht unterschied, vielmehr als besonders schwerwiegendes Verschulden im Sinne des § 254 BGB gelten konnte; das bewusste Sichaussetzen einer Gefährdungssituation ist für ausreichend gehalten worden, die Gefährdungshaftung auszuschliessen.[5] In Fortbildung dieses Gedankens habe sich das Handeln auf eigene Gefahr vom schadensteilenden mitwirkenden Verschulden abgehoben.[6] Heute reiche die Bestimmung des § 254 BGB zwar bei leichter Fahrlässigkeit des Schädigers gegenüber schwerer Fahrlässigkeit des Verletzten aus, kaum aber für den Ausschluss grober Fahrlässigkeit.[7] Weil das Schwergewicht bei der bewussten, nicht lebensnotwendigen Selbstgefährdung liege, will Wangemann definieren: "Hiernach handelt ... auf eigene Gefahr, wer sich ohne rechtliche oder sittliche Verpflichtung bewusst einer vermeidbaren Gefahr

---

1) Schneyer, S.74.
2) Schneyer lässt das "erkennen können" genügen im Gegensatz zu der bis zur Entscheidung des BGH vom 14.3.61 (NJW 1961, 655) unangefochtenen Lehre, der Geschädigte müsse sich der Gefahr bewusst gewesen sein.
3) Schneyer, S.74/75.
4) Wangemann, NJW 1955, 87.
5) RG 11.4.06, JW 1906, 349.
6) Wangemann, NJW 1955, 85.
7) Wangemann, MDR 1956, 386.

aussetzt."[1] Durch diesen Begriff sei das Deliktsrecht gewohnheitsrechtlich erweitert worden.[2]

Die genannten Autoren haben versäumt, das Handeln auf eigene Gefahr in einwandfreier Weise als speziellen Anwendungsfall des § 242 BGB zu begründen. Dies wäre möglich gewesen: Weber definiert den aus § 242 BGB abgeleiteten Grundsatz des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens wie folgt: "Niemand darf im Widerspruch zu seinem früheren Verhalten ein Recht ausüben ..., wenn jenes frühere Verhalten den Schluss rechtfertigt, dass er ein bestimmtes Recht nicht geltend machen ... werde, und er in dieser Hinsicht ein bestimmtes Vertrauen beim anderen Teil wachgerufen hat."[3]

Diese allgemeine Definition ergibt die Möglichkeit, das bewusste Sichbegeben das Fahrgastes in eine besondere Gefahr und die spätere Geltendmachung von daraus entstandenen Schadensersatzansprüchen als widersprüchliches Verhalten im Sinne von § 242 BGB zu betrachten:[4] Durch eine Mitfahrt, die im eigenen Interesse und in jeder Hinsicht freiwillig erfolgt, ruft der Fahrgast beim Fahrer den Eindruck hervor, er fahre auf eigene Gefahr mit und werde eventuell entstehende Schäden auf sich nehmen. Dass er diesen Eindruck hervorruft, geht schon aus der Tatsache hervor, dass seit Jahrzehnten versucht wird diese Gefahrübernahme, die stets als selbstverständlich angenommen wurde, in rechtlich einwandfreier Weise zu begründen.[5]

---

1) Wangemann, NJW 1955, 86.
2) Wangemann, MDR 1956, 386: "Diese Ausführungen dürften gleichzeitig dartun, dass der Gefahrübernahmebegriff ... das Deliktsrecht des BGB gewohnheitsrechtlich erweitert ... ."
3) Staudinger-Weber, Rn. D 323 zu § 242.
4) An dieser Stelle wird nur das Prinzip dargestellt - im einzelnen vgl. den nächsten Abschnitt und besonders C IV 3 unten.
5) Zur Unanwendbarkeit der Theorie, das Handeln auf eigene Gefahr sei ein Fall eines venire contra factum proprium, vgl. den nächsten Abschnitt; zur Abwicklung des Handelns auf eigene Gefahr über die Vorschrift des § 254 BGB unmittelbar - im Anschluss an Stoll - vgl. unten C IV 3.

2. Unanwendbarkeit der Theorie

Die Theorie, bei der Gefälligkeitsfahrt sei nach dem Grundsatz des venire contra factum proprium eine Haftung des Schädigers in gewissem Umfang ausgeschlossen, würde zwar, wie ihre Befürworter richtig erkannt haben, eine sachgerechte Lösung der meisten Probleme der Gefälligkeitsfahrt ermöglichen,[1] die Ansichten über das Handeln auf eigene Gefahr, seine Voraussetzungen und Folgen, würden allerdings divergieren. So wollen zum Beispiel Geigel, Böhmer und Wangemann von dem Erfordernis der vollen Geschäftsfähigkeit abgehen,[2] während Siebert daran festhalten will;[3] möglicherweise könnte diese Schwäche durch eine einheitliche Rechtsprechung behoben werden.

Das Problem des Haftungsausschlusses bei der Gefälligkeitsfahrt kann aus einem anderen Grund nicht über § 242 BGB gelöst werden: § 242 BGB ist eine Generalnorm und deshalb nur anwendbar, wenn keine speziellere Vorschrift zur Verfügung steht.[4] Eine solche Konkretisierung ist die Bestimmung des § 254 BGB, die für alle Fälle des Handelns auf eigene Gefahr ausreichende Lösungsmöglichkeiten bietet.[5] Demzufolge kann wegen Vorrangs des § 254 BGB die Anwendung des § 254 BGB nicht durch Rückgriff auf § 242 BGB umgangen oder korrigiert werden; vielmehr sind Voraussetzungen und Folgen des Handelns auf eigene Gefahr nach der spezielleren Norm des § 254 BGB zu beurteilen.[6]

---

1) So auch Hitzfeld, S.142.
2) Geigel, Der Haftpflichtprozess, 10.Kap., Rn.22; Wangemann, NJW 1955, 86; Venzmer, S.59; Böhmer, VersR 1959, 746 und MDR 1958, 77.
3) Soergel-Siebert, Rn.11 zu § 157 BGB.
4) Vgl. Stoll, S.316: "Als lex specialis geht die Vorschrift des § 254 BGB innerhalb ihres Anwendungsbereiches der Generalnorm des § 242 BGB vor." - Vgl. dazu unten D.
5) Dies wird in Abschnitt D unten bewiesen.
6) So auch Stoll, S.316: "... so kann die in § 254 BGB angeordnete Rechtsfolge nicht durch Rückgriff auf § 242 BGB umgangen oder korrigiert werden." - Vgl. auch Hitzfeld, S.142/143; Wieacker, S.32, Fn.69.

D. Haftungsausschluss bei Vorliegen besonderer Gefahren - vorgeschlagene Lösung

I. Vorbereitung in Rechtsprechung und Literatur

"Beruht das Handeln auf eigene Gefahr nach Herkunft und Entwicklung auf der Erwägung, dass eine bewusste nicht lebensnotwendige Selbstgefährdung keinen Rechtsschutz verdiene, so liegt es nicht sehr fern, diesen Satz an derjenigen Vorschrift auszurichten, die jene Interessenwertung am unmittelbarsten zur Geltung bringt, nämlich an der Norm des § 254 BGB." Diese Überlegung Hitzfelds[1] ist nicht neu; sie klingt schon in der Rechtsprechung des frühen Reichsgerichts und in der Literatur an.

1. Die ersten Entscheidungen des Reichsgerichts

In einigen frühen Entscheidungen des Reichsgerichts findet sich der Gedanke, dass in Sachverhalten, die heute für ein Handeln auf eigene Gefahr typisch sind, die Haftung durch Anwendung des § 254 BGB ausgeschlossen werden kann. So entschied das Reichsgericht, als der Geschädigte trotz Verbots und trotz seiner Kenntnis von der Gefährlichkeit des Hundes einen Hof ohne zwingenden Anlass betreten hatte, der Geschädigte habe bei richtiger Anwendung des § 254 Abs.1 BGB auf eigene Gefahr und seine volle Verantwortlichkeit gehandelt.[2] Im Urteil vom

---

1) Hitzfeld, S.143.
2) RG 11.4.o6, JW 19o6, 349.

1.1o.19o6[1] entschied das Reichsgericht die Frage, ob bei einer Gefälligkeitsfahrt die Verschuldenshaftung ausgeschlossen war; es handelte sich um eine Mitfahrt auf einem unbeleuchteten Fuhrwerk. Das Reichsgericht bezeichnete das bewusste Sichaussetzen einer besonderen Gefahr als Handeln auf eigene Gefahr, begründete aber die Klagabweisung hilfsweise mit § 254 BGB: "Und wenn auch im vorliegenden Falle nicht schon der Gesichtspunkt durchgreift, dass überhaupt nicht die Verfehlung des Bekl., sondern das freie 'Handeln auf eigene Gefahr' seitens der Kl. als Ursache der Schädigung anzusehen wäre, so fällt doch bei Anwendung des § 254 BGB das gesamte Verhalten der Kl. ... um so mehr zu ihren Ungunsten ins Gewicht."[2]

2. Die spätere Entwicklung

Im weiteren Verlauf griff das Reichsgericht auf das nun vom Handeln auf eigene Gefahr unterschiedene Mitverschulden des § 254 BGB nur zurück, wenn ein Haftungsausschluss nicht über Handeln auf eigene Gefahr oder stillschweigenden Haftungsverzicht konstruiert werden konnte; der Schaden wurde dann geteilt.[3]

Der nächste Hinweis auf die Möglichkeit der Dienstbarmachung des § 254 BGB für alle Fälle der Gefälligkeitsfahrt kam von Krückmann.[4] Krückmann wendete sich gegen die Konstruktion eines stillschweigenden Haftungsverzichts, im wesentlichen mit der Begründung, die freiwillige Selbstgefährdung sei stets eine durch § 254 BGB geregelte Mitverursachung. Genauso wie es Mitverursachung sei, wenn man sich einem betrunkenen Autofahrer entgegenstelle, sei es Mitverursachung, wenn man sich zu ihm in den Wagen setze. Es grenze an Alleinverursachung, wenn man den Fahrer betrunken mache;[5] dies Verhalten führe aber nicht

---

1) RG 1.1o.o6, JW 19o6, 71o Nr.4.
2) Soweit RG, a.a.O.
3) Siehe oben C II 4.
4) Krückmann, JW 1932, 3688.
5) Krückmann, JW 1932, 3691.

zu einem stillschweigenden Haftungsverzicht, denn "der den Wein spendierende Fahrgast denkt gar nicht an Verzicht, weil er, wie so oft die Parteien, gerade das nicht denkt und gerade daran nicht denkt, was und woran gedacht zu haben nachträglich der Richter fingiert".[1)]

Krückmanns Ansicht konnte sich nicht durchsetzen, da er über § 254 BGB nicht zu einem völligen Haftungsausschluss des Fahrers kam.[2)] § 254 BGB wurde in der Folgezeit nicht für ausreichend erachtet, denn ein Schadensersatzanspruch des Mitfahrers auf Ersatz eines Teiles seines Schadens erschien angesichts der Tatsache, dass er sich ohne Not einer besonderen Gefahr ausgesetzt hatte, nicht gerechtfertigt.[3)]

Zu gründlichen Untersuchungen, ob ein Haftungsausschluss auch über § 254 BGB herbeigeführt werden kann, kam es bis zum Jahre 1961 nicht.[4)]

3. Das Werk von Hans Stoll[5)]

Dieses Werk wird wegen seiner grundsätzlichen Bedeutung im folgenden zusammenhängend insoweit dargestellt, als es den Problemkreis des Haftungsausschlusses bei der Gefälligkeitsfahrt berührt.

Im ersten Teil seines Buches gibt Stoll eine umfassende Darstellung von Literatur und Rechtsprechung zu allen Fragen des Handelns auf eigene Gefahr, also zu Handeln auf eigene Gefahr bei Teilnahme an Fahrten, bei Teilnahme an gefährlichen Veranstaltungen und beim Betreten fremder Grundstücke. Er be-

---

1) Krückmann, a.a.O.
2) Krückmann sagt auf S.3691 nur: "... dann rückt der Tatbestand schon an Alleinverursachung heran ...", und später: "... und entlastete diesen von der uneingeschränkten Haftung wegen Verschuldens". Neuerdings sagt Soergel-Schmidt (Rn.64 zu § 254), es sei korrekter, bezüglich des Handelns auf eigene Gefahr mit direkter Anwendung des § 254 BGB zu arbeiten.
3) Statt vieler siehe Venzmer, S.59, Rn.151; vgl. auch Fn.3 auf S.82.
4) Im Jahre 1961 erschienen dann das Werk von Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr, und die Dissertation von Hitzfeld.
5) Stoll, Hans: Das Handeln auf eigene Gefahr.

schränkt sich hierbei grundsätzlich auf die Wiedergabe des Standes der Meinungen, deutet jedoch schon verschiedentlich an, die Lösung müsse über das Ausmass der Verkehrssicherungspflicht des Gefährders gefunden werden, nämlich über die Beantwortung der Frage, ob dem Gefährder eine Pflichtwidrigkeit vorgeworfen werden könne:[1] Eine Gefahrübernahme komme nur hinsichtlich d e r Gefahren in Betracht, die vom Gefährder n i c h t pflichtwidrig geschaffen worden seien.[2]

Nach einer Darstellung der Behandlung des Rechtsgedankens des Handelns auf eigene Gefahr in der französischen und angloamerikanischen Rechtsprechung und Lehre setzt sich Stoll im zweiten Teil seines Werkes mit der Lehre vom Handeln auf eigene Gefahr kritisch auseinander. Da Stoll seine Theorie von der Wechselwirkung von erlaubter Gefährdung und Handeln des Verletzten auf eigene Gefahr[3] zunächst für die Teilnahme an einer gefährlichen Veranstaltung ableitet, soll darauf kurz eingegangen werden.

Teilnehmer und Zuschauer an einer gefährlichen Veranstaltung übernehmen nur die gewöhnlichen Gefahren, nicht die vom Veranstalter pflichtwidrig geschaffenen. Darüber stimmt nach Stoll die deutsche, französische und englische Judikatur überein, wie auch darüber, dass bei pflichtwidrig geschaffenen Gefahren die bewusste Unvorsichtigkeit der sich exponierenden Zuschauer nur als ein mitwirkendes Verschulden an einer eventuellen Verletzung gewertet wird.[4] "Das Handeln auf eigene Gefahr beginnt dort, wo die Schutzpflichten der für die Gefahrenquelle verantwortlichen Personen aufhören."[5]

Stoll fährt fort, die Selbstexponierung müsse in Beziehung zur Pflichtstellung des Gefährders gewürdigt werden;[6] die Besonderheit der Fälle eines Handelns auf eigene Gefahr sei,

---

1) Vgl. Stoll, S.34, 63 ("Die vom Gericht erwähnte Gefahrübernahme ist lediglich Ausdruck der Tatsache, dass die in Frage stehende Gefährdung der Klägerin durch den Veranstalter und die Spieler nicht pflichtwidrig, sondern erlaubt war."), 67, 86.
2) Vgl. die in der vorigen Fussnote zitierten Stellen.
3) So genannt bei Stoll, S.241.
4) Stoll, S.242.
5) Stoll, S.243.
6) Stoll, S.246.

dass das erlaubte Risiko im Verhältnis zu den sich selbst exponierenden Personen erhöht sei.[1] Die Feststellung einer Pflicht w i d r i g k e i t auf seiten des Gefährders schliesse jedoch stets die "echte" Gefahrübernahme aus. Die Frage, ob nicht die Selbstgefährdung des Verletzten geeignet sei, die Pflichtwidrigkeit des Gefährders in ihrer schadensrechtlichen Wirkung aufzuheben, sei ein "Problem einer 'unechten' Gefahrübernahme".[2]

Auch bei der Fallgruppe des Betretens fremder Grundstücke oder Anlagen hängt nach Stoll die Möglichkeit eines Handelns auf eigene Gefahr von der Beschaffenheit der jeweiligen Schutzpflichten des Grundstücksinhabers ab. "Die Grundstücksbesucher handeln beim Betreten des Grundstücks dann und insoweit auf eigene Gefahr, als der Grundstücksinhaber ihre Sicherung vor erkennbaren, auf dem Grundstück vorhandenen Gefahrenstellen ihrer eigenen Verantwortung anheimstellen darf (...)."[3] Bei Pflichtverletzung des Grundstückseigentümers bleibe wiederum nur der Gesichtspunkt des mitwirkenden Verschuldens.[4] Während in den Fällen gefährlicher Veranstaltungen das allgemeine Interesse der Öffentlichkeit an diesen Veranstaltungen der Grund für die rechtliche Billigung des dem Gefährder erlaubten Risikos sei, wirke hier der Umstand privilegierend, dass sich die Gefahrenstelle in der räumlichen Exklusivsphäre des Gefährders befinde.[5]

Im Abschnitt über Handeln auf eigene Gefahr bei Teilnahme an Fahrten unterscheidet Stoll von Anfang an streng zwischen den Fällen, in denen der Fahrer zulassen durfte, dass sich der Verletzte in der geschehenen Weise der Gefahr aussetzte (nach Stoll "echte" Fälle eines Handelns auf eigene Gefahr), und den Fällen, in denen der Fahrer pflichtwidrig handelte, wenn er dies nicht verhinderte (nach Stoll "unechte" Fälle eines Handelns auf eigene Gefahr).[6]

---

1) Stoll, S.247.
2) Stoll, S.253.
3) Stoll, S.264.
4) Stoll, S.269.
5) Stoll, S.269/270.
6) Stoll, S.296.

Bei einer gewöhnlichen Mitfahrt handelt es sich nach Stoll um einen "echten" Fall eines Handelns auf eigene Gefahr: "Nach allen verglichenen Rechten nimmt der Fahrgast die gewöhnlichen Risiken der gewählten Beförderungsart auf sich."[1] Für diese Fälle ist nach Stoll der Ausdruck "Handeln auf eigene Gefahr" ungebräuchlich, denn es sei "nach heutiger Auffassung ganz selbstverständlich und keiner besonderen Rechtfertigung bedürftig, dass z.B. der Führer eines Kraftfahrzeugs den Fahrgast den gewöhnlichen Risiken der Beförderung aussetzen darf."[2] An anderer Stelle erwähnt Stoll einen Spezialfall eines "echten" Handelns auf eigene Gefahr, nämlich die durch § 8a StVG geregelte Situation.[3]

Da nach Stoll ein "echtes" Handeln auf eigene Gefahr nur vorliegt, wenn der Fahrer seine Schutzpflicht n i c h t verletzt, ist die praktische Bedeutung des "echten" Handelns auf eigene Gefahr für anlässlich einer Gefälligkeitsfahrt auftretende Schäden sehr gering.[4] Denn sowohl bei der gewöhnlichen Gefälligkeitsfahrt als erst recht bei der Gefälligkeitsfahrt unter besonders gefährlichen Umständen sind entstandene Schäden - abgesehen von der durch § 8a StVG erfassten Gefährdungshaftung und den Fällen höherer Gewalt - stets auf pflichtwidriges (weil fahrlässig deliktisches) Handeln des Fahrers zurückzuführen. Für s o l c h e Fälle lehnt Stoll eine Gefahrübernahme ab und verweist auf die Vorschrift des § 254 BGB;[5] nach Stoll ergibt sich die Möglichkeit eines "echten" Handelns auf eigene Gefahr aus der konkreten Pflichtstellung des Gefährders und beginnt dort, wo die Schutzpflicht oder Schutzgarantie des Gefährders aufhört.[6]

In Fällen, in denen es zu fahrlässigen Schädigungen des Fahrgastes kam, wurde die Schutzpflicht des Gefährders überschritten, weshalb ein Ausgleich nur noch nach der Vorschrift des § 254 BGB möglich ist - soweit Stoll.[7] Dies sind die Fälle,

---

1) Stoll, S.296.
2) Dies betont Stoll auch in § 21 auf S.305.
3) Stoll, S.349.
4) Stoll erwähnt als praktischen Fall den Kraftfahrsport, vgl. Stoll, S.297.
5) Stoll, S.296.
6) Stoll, S.366 Nr.3.
7) Stoll, S.367 Nr.6.

die heute umstritten sind, die Stoll als "unechte" Fälle eines Handelns auf eigene Gefahr bezeichnet und die in der herkömmlichen Terminologie[1] und deshalb in der vorliegenden Arbeit als Handeln auf eigene Gefahr bezeichnet werden.

Nach Stoll sind Forderungen auf Schadensersatz bei Vorliegen b e s o n d e r e r Gefahren als Fälle eines venire contra factum proprium nach § 254 BGB zu beurteilen.[2] Stolls Argumente dazu werden unten, bei III - VI,[3] berücksichtigt.

Bei fahrlässig verursachten Schäden anlässlich einer g e w ö h n l i c h e n Gefälligkeitsfahrt kann weder ein "echtes" Handeln auf eigene Gefahr vorliegen, da dem Fahrer eine Pflichtverletzung zur Last fällt,[4] noch ein "unechtes", da ein Mitverschulden das Fahrgastes nur bei Vorhandensein einer besonderen Gefahr angenommen werden kann.[5]

Auch der Bundesgerichtshof löste in seiner Entscheidung vom 14.3.1961[6] das Handeln auf eigene Gefahr nach der Vorschrift des § 254 BGB. Da diese Entscheidung einen Umschwung in der Rechtsprechung einleitete, hat sie besondere Bedeutung und wird im folgenden ausführlich behandelt.

II. Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.3.1961

1. Das Urteil in seinen Grundzügen[7]

Der Kläger, der Erstbeklagte, der Zweitbeklagte und eine weitere Person - alle vier waren minderjährige Kraftfahrzeugschlosserlehrlinge - unternahmen im Volkswagen eines Kollegen eine kleine Ausfahrt. Der Erstbeklagte, der als einziger einen

---

1) Vgl. Stoll, S.305.
2) Stoll, S.315/316.
3) S.52 - 85.
4) Vgl. oben.
5) Vgl. unten C III, insbesondere Nr.3.
6) NJW 1961, 655.
7) NJW 1961, 655 ff. = BGHZ 34, 355 ff.

Führerschein besass, führte zunächst den Wagen, liess jedoch später den Zweitbeklagten auf dessen wiederholtes Drängen ans Steuer. Dieser fuhr schon nach einigen hundert Metern in einer leichten Linkskurve auf der linken Strassenseite frontal gegen einen Baum. Der Kläger wurde schwer verletzt (Quetschung des linken Sehnervs, wodurch die Sehfähigkeit des linken Auges um etwa 90% herabgesetzt wurde), die anderen drei leicht. Der Kläger hatte den Zweitbeklagten davor gewarnt, das Steuer zu übernehmen, allerdings nur wegen der Gefahr einer polizeilichen Kontrolle. Er stellte sein Mitverschulden mit einem Fünftel in Rechnung und verlangte von den Beklagten als Gesamtschuldnern den Ersatz des übrigen Schadens zuzüglich Schmerzensgeld. Die Beklagten beantragten Klagabweisung mit der Begründung, der Kläger habe auf eigene Gefahr gehandelt. "Er sei nicht nur damit einverstanden gewesen, dass der Zweitbeklagte trotz unzureichender Fahrkunst und fehlender Fahrberechtigung das Steuer des Wagens übernommen habe, sondern er habe ausserdem selbst versucht, an das Steuer zu kommen und damit seine Kameraden zu gefährden."[1)]

Das Berufungsgericht wies die Klage wegen Handelns auf eigene Gefahr des Klägers ab (einen stillschweigenden Haftungsverzicht liess es an der Minderjährigkeit der Beteiligten scheitern); es entschied, bei einem solchen Geschehensablauf widerspreche es Treu und Glauben, dass der Kläger die Beklagten für die Folgen der Gefahrenverwirklichung haftbar mache. Daran dürfe die Anwendung des § 1o7 BGB, "für dessen Anwendung bei solchen Gefahrengemeinschaften Jugendlicher kein Bedürfnis bestehe",[2)] nichts ändern.

Der Bundesgerichtshof beginnt seine Rechtsausführungen mit der Feststellung: "Ohne weiteres zuzustimmen ist dem BerGer. darin, dass die Haftung der Bekl. nicht wirksam vertraglich ausgeschlossen worden ist. Dagegen ist auf die Darlegungen des BerGer. über die Wirkung des Handelns auf eigene Gefahr eine grundsätzliche Stellungnahme erforderlich."

Der Bundesgerichtshof schildert dann kurz die rechtliche

---

1) Soweit aus BGHZ 34, 356/357.
2) BGH NJW 1961, 656.

Behandlung des Handelns auf eigene Gefahr, seine bisherige Auffassung und die Angriffe dagegen. Das Gericht legt dar, es laufe auf eine Fiktion hinaus, das sorglose Verhalten des Fahrgastes als Einwilligung zu deuten; es sei vielmehr die leichtfertige Selbstgefährdung, die den Vorwurf gegen ihn begründe. Eine Einwilligung sei an die Grenzen der §§ 134, 138 BGB und 226a StGB gebunden, weshalb sie häufig unwirksam sei. Das Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit sei unpassend, die Behandlung minderjähriger Geschädigter sei unbefriedigend, das Bewusstsein der Gefährdung sei als Abgrenzungsmerkmal unpraktikabel, und die unterschiedliche Behandlung der Rechtswidrigkeit in Zivilrecht und Strafrecht sei unerwünscht.

Im Kernteil der Entscheidung heisst es: "Nach Auffassung des Senats geht es bei dem behandelten Problem nur dann um die Frage der Rechtswidrigkeit und der Rechtfertigung, wenn wirklich das Verhalten des Geschädigten ohne künstliche Unterstellung als Einwilligung in die als möglich vorgestellte Rechtsgutverletzung aufgefasst werden kann, wie es etwa bei gefährlichen Sportarten zutreffen mag (...). Dagegen steht bei den Regelfällen, die die heutige Haftpflichtpraxis beschäftigen, fast immer nur die Frage zur Erörterung, ob und inwieweit die an sich gegebene Schadensersatzverpflichtung eines anderen dadurch berührt wird, dass sich der Beschädigte der drohenden Gefahr bewusst ausgesetzt hatte. Wird in solchen Fällen die Abwälzung des Schadens auf den anderen durchweg als mehr oder minder anstössig empfunden, so liegt der Grund für diese Beurteilung darin, dass sich der Geschädigte mit seinem eigenen und von ihm zu verantwortenden früheren Verhalten in Widerspruch setzt. Es ist der Grundsatz des gegen Treu und Glauben verstossenden venire contra factum proprium, der es nicht zulässt, dass der Geschädigte den beklagten Schädiger zur Rechenschaft zieht, ohne dabei zu berücksichtigen, dass er selbst die gefährliche Lage bewusst geschaffen oder mitgeschaffen hat, in der sich der vom Bekl. zu vertretende Beitrag zur Schadensentstehung auswirken konnte. Diese Erkenntnis zeigt aber, dass der rechtliche Standort des Problems in der vom Gesetz in § 254 BGB getroffenen Wertung zu suchen ist. Diese Regelung, die dem vom Geschädigten zu vertretenden eigenen Ver-

halten bei der Schadensentstehung, besonders seiner leichtfertigen Selbstgefährdung Bedeutung für die Haftung des Schädigers beimisst und sogar den Wegfall der Schadensersatzforderung als möglich vorsieht, beruht wesentlich auf dem im § 242 BGB verankerten Grundsatz über die Folgen widersprüchlichen Verhaltens. Für das Schadensrecht wird dieser Grundsatz durch § 254 BGB näher ausgeprägt (...). Es ist daher im Rahmen des § 254 BGB keine normfremde Erwägung, wenn der Richter den angeführten Gesichtspunkten einen bestimmenden Einfluss bei seinen Erwägungen über die auszusprechende Haftungsfolge gewährt. Im Gegenteil würde eine unzureichende Berücksichtigung der Momente der bewussten Selbstgefährdung und des widersprüchlichen Verhaltens bedeuten, dass die sog. Schadensabwägung den besonderen Umständen der Schadensentstehung und Schadensverantwortung nicht gerecht wird.

Mit der Zuordnung der praktisch wichtigsten Fälle bewusster Selbstgefährdung zum Anwendungsbereich des § 254 BGB ist allerdings der oft aufgestellte starre Grundsatz aufgegeben, dass das Handeln in Kenntnis konkreter bevorstehender Gefahr Handeln auf eigene Gefahr bedeutet und daher Schadensersatzansprüche ausschliesst. Die Aufgabe dieses Grundsatzes ist aber nach der Auffassung des Senats kein Nachteil. Auch die bisher in der Rspr. herrschende Auffassung konnte den Grundsatz nicht folgerichtig durchführen, sondern musste ihn durch zum Teil sachwidrige Ausnahmen einschränken. Ausserdem war in der Rspr. die deutliche Neigung festzustellen, dadurch den Boden für die anpassungsfähige Regelung des § 254 BGB zu gewinnen, dass man an den Beweis der Kenntnis besonderer Gefahrenmomente so hohe Anforderungen stellte, dass er selten erbracht wurde."[1)]

Eine "präzise begriffliche Formel", wann eine Haftungsfreistellung eingreifen müsse und wann eine blosse Haftungsminderung, lässt sich nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht aufstellen; es bestehe auch kein Bedürfnis danach, da die Fälle bewusster Selbstgefährdung keineswegs ein einheitliches Gepräge trügen. Der Bundesgerichtshof fährt fort:

"Gewiss wird dann, wenn sich der Geschädigte in klarer

---

1) BGH, a.a.O., S.657.

Kenntnis einer konkreten Gefahr ohne triftigen Grund dieser später verwirklichten Gefahr aussetzte oder sogar planvoll die Gefahrenlage schaffte, die Freistellung des Bekl. von der Schadensersatzpflicht besonders naheliegen."

Nicht nur die freiwillige Selbstgefährdung, sondern auch die übrigen Umstände des Einzelfalles seien von Bedeutung, insbesondere, "wie die Gefahrlage entstanden ist, welches Mass von Verschulden den Bekl. an der Entstehung der Gefahrlage und der Verwirklichung der Gefahr traf, durch welche Beziehungen die Beteiligten verbunden waren und wie naheliegend sich die Aussicht auf die Verwirklichung der Gefahr darstellte".[1] Bei anderem Vorgehen werde der Weg zu einem angemessenen Ergebnis versperrt. Im Rahmen des § 254 BGB könne der Tatrichter den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragen, "wobei ihm bei der Anwendung dieser Vorschrift die in der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze und der Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens wichtige Anhaltspunkte für eine sachgerechte Ausübung seines Ermessens geben".[2]

Abschliessend führt der Bundesgerichtshof aus, die Minderjährigkeit des Klägers sei nach §§ 254, 828 BGB zu berücksichtigen. Das Verschulden des Klägers, das darin bestehe, dass er trotz Übernahme des Steuers durch den Zweitbeklagten im Wagen geblieben sei, wiege nicht schwer, da diese Handlungsweise nicht ganz unverständlich sei. Andererseits habe der Zweitbeklagte durch seine fehlerhafte Fahrweise den Unfall verursacht. Die Verantwortung des Erstbeklagten sei besonders hoch einzuschätzen: Er habe einen Führerschein gehabt und hätte sich schon auf Grund seines höheren Alters durchsetzen müssen. Schliesslich will der Bundesgerichtshof noch die Schwere der von den Beteiligten davongetragenen Schäden berücksichtigt wissen.[3]

---

1) BGH, a.a.O., S.658.
2) BGH, a.a.O.
3) BGH, a.a.O.; vgl. zum Gesamtproblem auch BGH 14.3.61, VersR 1961, 427 (eine zweite Entscheidung vom gleichen Tage); BGH 17.1o.61, VersR 1961, 114o.

2. Stellungnahme der Literatur[1)]

In der Literatur gibt es sowohl überzeugte Zustimmung als auch lebhafte Ablehnung.

Böhmer, einer der schärfsten Gegner der herkömmlichen Einwilligungstheorie des Bundesgerichtshofs und energischer Verfechter der Ansicht, das Handeln auf eigene Gefahr sei über die Norm des § 242 BGB abzuwickeln, schliesst sich dem Grundsatzurteil des Gerichts voll und ganz an. Er betont, § 254 BGB müsse erst recht dann angewendet werden, wenn der Fahrgast die Gefahr erkannt habe, da diese Vorschrift schon Anwendung finde, wenn der Fahrgast die Gefahr nur hätte erkennen können und schreibt: "Es braucht daher nun nicht mehr geprüft zu werden, ob es etwa gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstösst, wenn der Geschädigte, der sich bewusst in die erkannte Gefahr begeben hat, nunmehr auch noch - ganz oder teilweise - Ersatz seines Schadens von dem Schädiger verlangt (...). Die Anwendung des § 254 BGB ermöglicht stets eine allen Umständen des einzelnen Falles gerecht werdende Entscheidung."[2)]

Flume lehnt das oben dargestellte Urteil in jeder Hinsicht ab. Er verwirft die Ansicht, in § 254 BGB werde der Grundsatz des § 242 BGB näher ausgeprägt. Die Vorschrift des § 254 BGB habe mit dem Verbot des venire contra factum proprium nichts zu tun; der Anspruch des Geschädigten entstehe von Anfang an nur nach Massgabe des Mitverschuldens des Verletzten. Ausserdem könne ein vom Verletzten erlittener Schaden nicht bei der Abwägung nach § 254 BGB berücksichtigt werden, sondern höchstens im Rahmen einer gemeinsamen Gefahrübernahme. Es sei daran festzuhalten, dass jemand, der bewusst eine Gefahr auf sich nehme, diese Gefahr zu der seinen mache, was zu einer vollständigen Ablehnung seines Schadensersatzanspruches führe, weil sich eben

---

1) Der Inhalt der beiden wichtigsten Stellungnahmen wird an dieser Stelle kurz wiedergegeben, um den Einschnitt in der Rechtsentwicklung, den das Grundsatzurteil des BGH bewirkte, deutlich sichtbar zu machen. Stolls Werk entspricht dem Stand vom 1.1.1960; deshalb konnte Stoll dieses Grundsatzurteil nur im Vorwort kurz erwähnen.

2) Böhmer, MDR 1961, 661; vgl. auch Böhmer, JZ 1961, 740.

für den Verletzten seine Gefahr verwirklicht habe.[1]

3. Problematik des § 254 BGB

Der Bundesgerichtshof drückt sich im Kernteil seiner Entscheidung vom 14.3.1961[2] knapp und etwas unpräzise aus. Die Vorschrift des § 254 BGB beruhe auf dem in § 242 BGB verankerten Prinzip des gegen Treu und Glauben verstossenden venire contra factum proprium; für das Schadensersatzrecht werde dieser Grundsatz durch § 254 BGB näher ausgeprägt. Infolgedessen sei der Gesichtspunkt des Verbots eines venire contra factum proprium bei den nach § 254 BGB anzustellenden Erwägungen bestimmend.

Diese Feststellungen bedürfen einer näheren Untersuchung, vor allem angesichts der Tatsache, dass § 254 BGB selbst eine sehr detaillierte Vorschrift ist. Deshalb sollen im folgenden das Verhältnis des § 254 BGB zu § 242 BGB,[3] das Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB[4] und die Aufteilung des Schadens nach § 254 BGB[5] untersucht werden.

III. Verhältnis von § 254 BGB zu § 242 BGB

1. Das Prinzip des venire contra factum proprium in § 242 BGB

Zur Beantwortung der Frage, ob die Bestimmung des § 254 BGB auf das Prinzip des venire contra factum proprium zurückgeführt werden kann, muss zuerst dieses Prinzip definiert wer-

---

1) Flume, JZ 1961, 605.
2) Siehe oben D II 1.
3) Siehe unten D III.
4) Siehe unten D IV.
5) Siehe unten D V.

den. Es basiert auf dem Rechtsbehelf der römisch- und gemeinrechtlichen exceptio doli, der zwar im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich verankert ist, aber nach allgemeiner Ansicht von § 242 BGB erfasst wird.[1] Das Prinzip der Unzulässigkeit eines venire contra factum proprium beruht auf dem Gedanken, dass das Begehren eines Teiles unberechtigt ist, wenn es im Hinblick auf früheres Verhalten gegen Treu und Glauben verstösst.[2]

Mit Weber kann definiert werden: "Niemand darf im Widerspruch zu seinem früheren Verhalten ein Recht ausüben oder einen mit Folgen ausgestatteten Rechtsstandpunkt einnehmen, wenn jenes frühere Verhalten den Schluss rechtfertigt, dass er ein bestimmtes Recht nicht geltend machen oder einen bestimmten Rechtsstandpunkt nicht vertreten werde, und er in dieser Hinsicht ein bestimmtes Vertrauen beim anderen Teil wachgerufen hat."[3]

Der Treueverstoss knüpft ausschliesslich an das gegenwärtige Verhalten an; das frühere kann völlig einwandfrei gewesen sein. So betont Wieacker: Das venire contra factum proprium "setzt arglistiges oder auch nur sonst vorwerfbar fahrlässiges Veranlassen einer Erwartung im Partner unstreitig nicht voraus".[4]

Das Prinzip der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens ist keineswegs ein "Excess der Berufung auf Treu und Glauben", sondern ein integraler, unverzichtbarer Bestandteil unserer Rechtsordnung.[5]

2. § 254 BGB als Sonderfall des § 242 BGB

Die Bestimmung des § 254 BGB knüpft an die schuldhafte[6]

---

1) Vgl. Staudinger-Weber, Rn. D 9/10 zu § 242; Soergel-Siebert, Rn.114 zu § 242.
2) RG 30.6.04, RGZ 58, 356, ständige Rechtsprechung.
3) Staudinger-Weber, Rn. D 323 zu § 242.
4) Wieacker, S.28; vgl. auch Soergel-Siebert, Rn.141 zu § 242; Palandt-Danckelmann, Anm.4 D 2.Absatz zu § 242.
5) Vgl. Wolf, AcP 153, 97 (135).
6) Zur Bedeutung des Verschuldens in diesem Zusammenhang siehe unten D 4.

Mitwirkung des Geschädigten bei der Entstehung des Schadens die Sanktion einer Verminderung seines Ersatzanspruches. Wenn der Geschädigte selbst den Schaden schuldhaft[1] mitverursacht, kann die Rechtsordnung die Abwälzung des erlittenen Schadens auf den Täter nicht unbeschränkt zulassen. Der Grund dafür ist das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Das gemeine Recht liess in solchen Fällen einer nicht vorsätzlichen Schädigung die Ersatzpflicht wegfallen, das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Folgen in das richterliche Ermessen gelegt.[2]

Durch die Vorschrift des § 254 BGB bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er die Forderung des Geschädigten auf vollen Schadensersatz missbilligt, wenn der Geschädigte an der Entstehung des Schadens schuldhaft[3] beteiligt war; Motiv und Grundlage für diese Regelung ist das in § 242 BGB verankerte Verbot eines venire contra factum proprium. Insofern ist die Auffassung, § 254 BGB sei eine nähere Ausprägung des Rechtsgedankens des § 242 BGB, richtig; die rechtliche Selbständigkeit der Norm des § 254 BGB wird dadurch nicht in Frage gestellt.

Auch in der Literatur wird § 254 BGB meist als letztlich auf § 242 BGB beruhend angesehen, ohne nur seine unselbständige Konkretisierung zu sein: Werner schliesst daraus, dass § 254 BGB hinsichtlich der Abwägung ein Billigkeitsurteil vorschreibt, § 254 BGB sei ein Ausfluss des § 242 BGB.[4] Weber erwähnt neben der Bestimmung des § 242 BGB noch andere Normen als Quellen für das Verbot des venire contra factum proprium: "So kehrt das Verbot gegensätzlichen Verhaltens wieder in §§ 116, 151, 162, 164, 183, 254."[5] Nach Schmidt liegt der Missbilligung der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches das Verbot eigenen widerspruchsvollen Verhaltens zugrunde.[6] Stoll schliesst sich

---

1) Vgl. die vorhergehende Fussnote.
2) So Enneccerus-Lehmann, § 16, Einleitung.
3) Vgl. S.53 Fn.6.
4) Staudinger-Werner, Rn.7o zu § 254: "Insofern ist er ein Ausfluss des § 242."
5) Staudinger-Weber, Rn. D 324 zu § 242.
6) Soergel-Schmidt, Rn.19 zu § 254; Schmidt, Die Obliegenheiten, S.1o9, mit der Schlussfolgerung auf S.111: "§ 254 betrifft nach allem gesetzlich besonders geregelte Fälle des Verbots eigenen gegensätzlichen Verhaltens." § 254 BGB wird als Ausfluss des § 242 BGB auch bezeichnet bei: Dunz, JZ 1961,

dem an.[1]

Mit Stoll kann zusammenfassend gesagt werden, dass § 254 BGB zwar auf dem in § 242 BGB enthaltenen Verbot widersprüchlichen Verhaltens aufbaut und zwar in der Weise, dass die Norm des § 254 BGB innerhalb ihres Anwendungsbereiches die Norm des § 242 BGB konkretisiert.[2] Deshalb darf die Vorschrift des § 254 BGB nicht unmittelbar aus § 242 BGB ergänzt oder, wie Stoll sich ausdrückt, "durch Rückgriff auf § 242 BGB umgangen oder korrigiert"[3] werden; vielmehr muss die Abwägung so vorgenommen werden, wie in § 254 BGB vorgeschrieben. Demzufolge kann dem Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 14.3.1961, in der er die Frage der Schadensabwägung ganz einfach durch Verweisung auf die allgemeine Norm des § 242 BGB löst,[4] nicht gefolgt werden. Dort wird unzulässigerweise die Konkretisierung (§ 254 BGB) mit der Grundnorm (§ 242 BGB) vermischt: Der Bundesgerichtshof ersetzt eine genaue Auslegung des § 254 BGB als selbständiger Spezialnorm einfach durch eine Verweisung auf das Prinzip von Treu und Glauben.[5]

Mit diesem Argument, nämlich dass § 254 BGB eine von § 242 BGB unabhängige und selbständige Ausprägung des Verbotes eines venire contra factum proprium darstellt, kann die hauptsächlich auf formale Argumente gestützte Gegenmeinung einiger Autoren,[6] § 254 BGB sei kein Unterfall des § 242 BGB, widerlegt werden. Wenn auch, wie Flume behauptet,[7] der Anspruch des Geschädigten nach § 254 BGB von Anfang an nur nach Massgabe des Mitverschuldens entsteht und der volle Anspruch dem Geschädigten niemals zustand, so beweist das nicht, dass § 254 BGB

---

406 (407); RGRK-Nastelski, Anm.1 zu § 254: "Im Grunde ist § 254 nur ein Anwendungsfall des § 242"; Palandt-Danckelmann, Anm.2 a zu § 254; BAG 17.3.60, MDR 1960, 615; OLG Saarbrücken 5.5.61, VersR 1961, 928.

1) Stoll, S.315; zu Stoll vgl. grundsätzlich oben C I 3.
2) Vgl. Stoll, S.316: "Als lex specialis geht die Vorschrift des § 254 BGB innerhalb ihres Anwendungsbereiches der Generalnorm des § 242 BGB vor."
3) Stoll, S.316.
4) BGH 14.3.61, NJW 1961, 657; siehe oben D II 1.
5) Dazu vgl. unten D IV.
6) Flume, JZ 1961, 605; Venzmer, 1.Kap., Rn.20 - 49.
7) So Flume, a.a.O.

mit dem Prinzip des venire contra factum proprium des § 242 BGB nichts zu tun hat, sondern höchstens, dass § 254 BGB eine Sondernorm in Voraussetzungen und Wirkungen ist oder, anders ausgedrückt, dass Voraussetzungen und Wirkungen des § 254 BGB nicht unbedingt auch ohne Zwischenschaltung des § 254 BGB in das Prinzip des venire contra factum proprium des § 242 BGB passen müssen.[1)]

IV. Das Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB

Voraussetzung zur Beantwortung der Frage, ob das Handeln auf eigene Gefahr bei einer Gefälligkeitsfahrt zufriedenstellend durch Anwendung des § 254 BGB gelöst werden kann, ist eine Untersuchung des Mitverschuldens im Sinne des § 254 BGB; konkreter ausgedrückt: Es muss geprüft werden, ob das Verhalten des Fahrgastes, das in der herkömmlichen Theorie als Handeln auf eigene Gefahr bezeichnet wurde, ein Mitverschulden im Sinne von § 254 BGB darstellt.

1. Das Mitverschulden des § 254 BGB als Verschulden im technischen Sinne

Verschulden im eigentlichen Sinne (technischer Verschuldungsbegriff) ist ein subjektiv vorwerfbares Verhalten (weil die schädlichen Folgen hätten bedacht werden müssen), das von der Rechtsordnung missbilligt wird oder, anders ausgedrückt, die Inverbindungsetzung eines rechtswidrigen Erfolges mit dem willensmässigen Verhalten einer Person.[2)]

---

1) Zu Venzmers Theorie des technischen Verschuldens siehe unten D IV 1.

2) So die ganz überwiegende Meinung, vgl. statt aller Lehmann, § 41 I 1; Palandt-Danckelmann, Anm.2 zu § 276; Adriani (S.4) formuliert die herrschende Meinung: "Verschulden ist die Willensbeziehung zu etwas Rechtswidrigem." Dagegen Dietz, der aus §§ 254, 121 BGB schliesst, dass man unter Verschul-

Die Vorschrift des § 254 BGB enthält keine rechtliche Verpflichtung des Geschädigten zur Beobachtung eines bestimmten Verhaltens, insbesondere nicht das Verbot, sich selbst Schaden zuzufügen;[1] auch nach anderen Vorschriften ist die Vernichtung eigener Sachen nicht rechtswidrig, woraus z.B. folgt, dass der gutgläubige Nichteigentümer erst ab Rechtshängigkeit haftet (§§ 989 ff. BGB).

Dagegen kann nicht vorgebracht werden, die Selbstschädigung sei dann rechtswidrig, wenn auch ein Dritter für den Schaden verantwortlich sei, da der Dritte mit einem um das Ausmass der Selbstschädigung erhöhten Schadensersatzanspruch belastet werde, was ein Eingriff in ein fremdes Vermögen sei;[2] der Geschädigte verstosse durch seine Selbstschädigung also gegen die sich aus § 254 BGB ergebende Rechtspflicht, fremdes Vermögen nicht zu beschädigen. Denn infolge des im Schadensersatzrecht geltenden Adäquanzprinzips[3] gilt der ganze dem Geschädigten entstandene Schaden als vom Dritten, dem Schädiger, verursacht. Es besteht daher keine Pflicht zur Abwendung eigener Ersatzansprüche. Das hat zur Folge, dass der Geschädigte durch seine Selbstschädigung nicht des Schädigers Vermögen verletzt hat und er nicht unter der rechtlichen Verpflichtung stand, eigene Ersatzansprüche abzuwehren.[4]

Das Ergebnis ist, dass der Geschädigte durch seine mitwirkende Selbstschädigung keine Rechtspflicht verletzt, ihm also, von Einzelfällen abgesehen,[5] kein Verschulden im technischen Sinne zur Last gelegt werden kann.[6]

---

den nur eine Zurechnung versteht, ohne dass ein Verstoss gegen eine Rechtspflicht vorliegen muss (§ 16 I 3, S.217).

1) Vgl. Stoll, S.315: "Aus § 254 BGB darf nicht die allgemeine Rechtspflicht herausgelesen werden, jedermann müsse mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt darauf bedacht sein, keinen Schaden zu erleiden oder erlittenen Schaden nicht zu vergrössern."
2) So sinngemäss Venzmer, S.101/102.
3) Statt vieler Palandt-Danckelmann, Anm.5 c vor § 249.
4) So insbesondere Soergel-Schmidt, Rn.18 zu § 254: "Ebensowenig kann ein Verbot der Selbstschädigung aus einer allgemeinen Pflicht gegenüber dem Schädiger selbst hergeleitet werden." Vgl. auch Dunz, JZ 1961, 407.
5) Bei verkehrswidrigem Verhalten des Geschädigten zum Beispiel.
6) So die ganz überwiegende Meinung: RG 4.5.14, JW 1914, 827; BGH 21.11.58, VersR 1959, 135; BGH 17.11.58, VersR 1959, 233;

Die von der herrschenden Meinung schon immer bekämpfte Ansicht, das Verschulden des § 254 BGB sei Verschulden im technischen Sinne, weil den Geschädigten eine Rechtspflicht gegenüber der Volksgemeinschaft binde,[1] ist von dem Verfechter dieser Theorie selbst ausdrücklich aufgegeben worden,[2] so dass sich ein näheres Eingehen darauf erübrigt.

Auch Werners Ansicht, das Verschulden des § 254 BGB werde echtes Verschulden im Rechtssinn mit Geltendmachung des vollen Schadensersatzanspruches, da dies von der Rechtsordnung missbilligt werde,[3] ist falsch. Denn es ist nicht möglich, dass ein anfangs nicht schuldhaftes Verhalten durch ein späteres Ereignis zu einem schuldhaften wird.

Folglich passt der sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch verwendete Verschuldensbegriff für § 254 BGB wie auch für § 351[4] und § 121 BGB nicht; der Ausdruck "Verschulden" in § 254 BGB muss also mit einer anderen Bedeutung ausgefüllt werden.

2. Das Mitverschulden des § 254 BGB als Verschulden im nichttechnischen Sinne

Die Wortfassung des § 254 BGB steht der Annahme eines uneigentlichen, nichttechnischen Verschuldens für diese Vorschrift nicht entgegen, denn aus der Entwicklung des Begriffes "Ver-

---

Adriani, S.29; Enneccerus-Nipperdey, § 213 V; Larenz, AT, § 15 I a; Lehmann, § 141 III; RGRK-Nastelski, Rn.23 zu § 254; Erman-Goerke, Anm.3 b zu § 254; Soergel-Schmidt, Rn.17 zu § 254: "Eine Verbindlichkeit, Selbstschädigungen zu vermeiden, lässt sich jedoch nicht allgemein begründen." Neuerdings Dunz, JZ 1961, 407.

1) Larenz, Vertrag und Unrecht, 2.Teil, S.20: "... handelt schuldhaft im Sinne unserer Rechtsordnung jeder, der einer Pflicht zuwider handelt, die sich aus der völkischen Rechts- und Sittenordnung ergibt ...".

2) Larenz, AT, § 15 I a, Fn.2, wo ausdrücklich gesagt wird, die Auffassung, es werde bei Verwirklichung des Tatbestandes des § 254 stets eine Rechtspflicht verletzt, sei es gegenüber dem Verletzer oder gegenüber der Allgemeinheit, wird aufgegeben; so auch Esser, Schuldrecht, § 64 3 b.

3) Staudinger-Werner, Rn.27 zu § 254, unter falscher Bezugnahme auf Schmidt, S.109, und Larenz, der diese Ansicht ausdrücklich zurückweist (Larenz, AT, § 15 I a, Fn.2).

4) So Wolf, AcP 153, 129.

schulden" im Zusammenhang mit dem Rechtsgedanken des § 254 BGB ergibt sich, dass es nicht unbedingt im technischen Sinne verstanden werden muss. So bürdet das Allgemeine Preussische Landrecht in § 21 I 6 dem Verletzten den Schaden auf, den er "durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit vermeiden konnte", und § 688 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches spricht von der "gewöhnlichen Aufmerksamkeit eines ordentlichen Hausvaters."[1] Ausserdem war im römischrechtlichen Vorläufer des § 254 BGB[2] das Wort culpa verwendet; und culpa ist der romanistische Ausdruck für fehlende Sorgfalt. Bei der Eindeutschung wurde an die Stelle des Wortes "culpa" das Wort "Verschulden" gesetzt, was auf Verwendung im nichttechnischen Sinne schliessen lässt.[3]

Lange Zeit füllte die herrschende Meinung das Wort "Verschulden" in § 254 BGB mit dem von Zitelmann stammenden Begriff "Verschulden gegen sich selbst" aus.[4] Das Reichsgericht definierte dieses besondere Verschulden als "ein Verschulden in eigener Angelegenheit, das sich in der Ausserachtlassung derjenigen Aufmerksamkeit und Sorgfalt äussert, die nach Lage der Sache zur Wahrnehmung der eigenen Angelegenheit jedem ordentlichen und verständigen Menschen obliegt, um Schaden zu vermeiden".[5]

Diesen Inhalt misst auch die später bedeutsam gewordene Lehre von der Obliegenheitsverletzung dem Wort "Verschulden" in § 254 BGB bei, jedoch mit subtilerer Begründung. Vor Darstellung dieser Lehre muss darauf hingewiesen werden, dass es unzulässig ist, das Verschulden des § 254 BGB ganz einfach als widersprüchliches Verhalten im Sinne des § 242 BGB zu bezeichnen. Dunz tut dies unter Hinweis auf mehrere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, die aber nicht geeignet sind, seine Ansicht zu stützen.[6] Insbesondere kann sich Dunz nicht auf die Entscheidung vom 14.3.1961[7] berufen. Diese Entscheidung spricht wohl

---

1) Zitiert nach Esser, JZ 1952, 258.
2) Die Pomponiusstelle (Fr.2o3 D 5o, 17): "Quod quis ex culpa sua damnum sentit ..." (zitiert nach Esser, JZ 1952, 258).
3) So Esser, a.a.O.
4) Vgl. die Darstellung bei Venzmer, S.94.
5) RG 6.3.35, RGZ 149, 6 (7); Erman-Goerke, Anm.3 b zu § 254; RGRK-Nastelski, Rn.23 zu § 254.
6) Dunz, JZ 1961, 4o6-411 mit Hinweis auf BGH, S.4o7, Fn.11.
7) NJW 1961, 655; siehe oben D II 1.

davon, dass im Rahmen der Erwägungen des § 254 BGB dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens ein bestimmender Einfluss zu gewähren ist; trotz der unscharfen Ausdrucksweise lässt die Entscheidung jedoch erkennen, dass sie damit die Abwägung hinsichtlich der Haftungsfolge meint und nicht etwas über den Verschuldensbegriff des § 254 BGB aussagen will. Dunz bezeichnet den § 254 BGB als Sonderfall des Arglisteinwandes; und daraus schliesst er, ohne weitere Auseinandersetzung mit dem Wortlaut des § 254 BGB, auf eine Missbilligung der späteren Forderung auf Schadensersatz;[1] er verlangt Zurechenbarkeit des Verhaltens[2] und nimmt dann ein Mitverschulden an, wenn sich der Beschädigte zum Nachteil eines anderen zu seinem eigenen zurechenbaren Verhalten in Widerspruch setzt. Um zu brauchbaren Ergebnissen zu kommen, muss Dunz die zusätzliche Bedingung aufstellen, dass ein Mitverschulden nur dann vorliegt, wenn für den Schädiger die Ausgangslage gestört ist.[3] Dunz begeht den Fehler, nicht zu berücksichtigen, dass § 254 BGB eine selbständige Norm ist, die für die von ihr erfassten Fälle die Vorschrift des § 242 BGB konkretisiert;[4] die Unbrauchbarkeit seiner Lehre geht auch daraus hervor, dass er mit neuen Begriffen wie "Ausgangslage" arbeiten muss.

Die Lehre von der Obliegenheitsverletzung geht demgegenüber ganz von § 254 BGB aus, natürlich unter Beachtung des Umstandes, dass § 254 BGB ein selbständiger Ausfluss des § 242 BGB ist. Schon Adriani hatte erkannt, dass zwar keine Rechtsverbindlichkeit des Geschädigten zur Beobachtung eines bestimmten Verhaltens besteht, dass ihn aber ein Rechtsnachteil trifft, wenn er ein gewisses Mass von Sorgfalt vermissen lässt.[5]

Schmidt baute diese Lehre aus und ermöglichte so eine exakte Deutung des "Verschuldens" im Sinne von § 254 BGB.[6] Ansatzpunkt dieser Lehre ist die Tatsache, dass es zwischen Rechtspflicht und pflichtfreiem Handeln ein Zwischenfeld mit minderen

---

1) Dunz, JZ 1961, 4o7.
2) Dunz, JZ 1961, 4o8.
3) Dunz, JZ 1961, 4o9, 411.
4) Siehe oben D III 2, insbesondere Fn.2,3 auf S.55.
5) Adriani, S.17, 23.
6) Schmidt, Die Obliegenheiten.

Stufen der Pflichtigkeit gibt.[1] Vom Recht der Privatversicherung ausgehend, nennt Schmidt sie Obliegenheiten; das Verhalten, auf das sich eine Obliegenheit richtet, liegt gleichzeitig im Interesse des Obliegenheitsbelasteten. Die Sanktion im Falle einer Verletzung ist, verglichen mit der Verletzung einer Rechtspflicht, abgeschwächt; sie besteht regelmässig in einer Hemmung, Minderung oder Vernichtung der Rechtsposition des Belasteten. Deshalb werden die Obliegenheiten auch Verhaltensnormen minderer Wirkung genannt.

Nun ist § 254 BGB nicht nur eine Norm der Schadensverteilung, sondern daneben eine solche Verhaltensnorm minderer Wirkung.[2] Zwar sind weder Selbstschädigung noch Geltendmachung des vollen Schadens, für sich betrachtet, rechtswidrig, vielmehr wird die Selbstschädigung erst aus der Perspektive der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches von der Rechtsordnung missbilligt.[3] Der Grund für diese Missbilligung ist, dass jemand, der selbst unachtsam war und trotzdem von einem Haftpflichtigen den vollen Ersatz seines Schadens begehrt, sich mit einer so weitgehenden Schadensersatzforderung in Widerspruch zu seinem eigenen früheren Verhalten setzt. "Ein solches Vorgehen verdient keine rechtliche Billigung: dies ist der Grundgedanke des § 254 BGB."[4] Insofern kommt die Generalnorm des § 242 BGB zum Durchbruch.[5]

In concreto wird durch die in § 254 BGB enthaltene Obliegenheit dem Geschädigten auferlegt, Selbstschädigungen zu unterlassen. Die Wirkung dieser Obliegenheit im Sinne einer abgeschwächten Gebotsnorm ist, dass sich der Geschädigte auf den Schadensfall durch Unterlassung einer mitwirkenden Selbstschädigung einstellen muss, andernfalls er den Anspruch auf vollen Ersatz des Schadens verliert. Der Grund dafür ist, wie schon aufgeführt, das in § 254 BGB enthaltene Verbot widersprüchli-

---

1) Schmidt, Die Obliegenheiten, S.5o.
2) Soweit Schmidt, Die Obliegenheiten, S.1o2 - 1o5.
3) Vgl. Schmidt, a.a.O., S.1o9.
4) Stoll, S.315/316.
5) Vgl. Schmidt, a.a.O., S.111: "Die Rückführung auf den Grundsatz vom venire contra factum proprium ist also die wirkliche Erklärung der rechtssystematischen Grundlage dieser Obliegenheiten."

chen Verhaltens.[1] Eine solche Obliegenheitsverletzung ist Verschulden im Sinne des § 254 BGB.

Das Verschulden des § 254 BGB ist, anders formuliert, "eine dem Verschulden weitgehend entsprechende persönliche Zurechnung der Obliegenheitsverletzung".[2] Die Zurechenbarkeit der Obliegenheitsverletzung muss vorliegen: Obwohl die Bestimmung des § 254 BGB nicht technisches Verschulden meint, kann vom Wortlaut des Gesetzes, das "Verschulden" verlangt, nicht so weit abgewichen werden, dass neben einem Verzicht auf die Unerlaubtheit des Erfolges auch auf das wesentlichste Element des technischen Verschuldens, nämlich die Zurechenbarkeit,[3] verzichtet wird. So sagt Nipperdey: "Ein solches 'Verschulden' setzt wie das wirkliche Verschulden Zurechnungsfähigkeit und das mögliche Bewusstsein voraus, gegen die Vorschriften einer ordnungsgemässen Wirtschaftsführung zu verstossen."[4]

Die Zurechenbarkeit muss hinsichtlich der Selbstschädigung vorliegen, es genügt nicht, dass die spätere Geltendmachung der vollen Schadensersatzansprüche zurechenbar ist. Denn zurechenbar muss die Obliegenheitsverletzung sein, was eben bedeutet, dass der Geschädigte sich zurechenbar selbst geschädigt haben muss, obwohl ihm oblag, eine Selbstschädigung zu unterlassen.[5]

Abschliessend kann zusammengefasst werden: Die Bestimmung des § 254 BGB enthält das Gebot (Obliegenheit) an den Geschä-

---

1) Vgl. Fn.4 und 5 auf S.61.
2) Enneccerus-Nipperdey, § 213 V.
3) Vgl. Dunz, JZ 1961, 408; nach Dietz, § 16 I 3, S.217, kommt kommt es ohnedies nur auf die Zurechnung an, siehe oben D IV 1, insbesondere Fn.2 auf S.56.
4) Enneccerus-Nipperdey, § 213 V.
5) So Larenz, AT, § 15 I a: "Er darf nicht einen von ihm selbst in zurechenbarer Weise mit herbeigeführten Schaden ausschliesslich dem anderen zur Last legen, selbst wenn dieser rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat." A.A. Dunz, JZ 1961, 408 (der nicht die Fehlleistung des Beschädigten zum eigenen Nachteil, sondern die spätere Abwälzung der Folgen missbilligt) und offenbar auch Wieacker und Soergel-Siebert; letztere denken allerdings nicht an § 254 BGB sondern an das allgemeine Prinzip des venire contra factum proprium, vgl. Wieacker, S.28 und Soergel-Siebert, Rn.141 zu § 242 BGB: "Der Verstoss gegen Treu und Glauben liegt allein in dem jetzigen Verhalten; das frühere Verhalten des Klägers kann völlig einwandfrei gewesen sein."

digten, zurechenbare Selbstschädigungen zu unterlassen, andernfalls er seinen Schaden nicht ausschliesslich dem anderen zur Last legen kann.[1]

3. Das Handeln auf eigene Gefahr als Verschulden im Sinne von § 254 BGB

Wie sich aus der jahrzehntelangen Diskussion über die Bedeutung des Handelns auf eigene Gefahr in Literatur und Rechtsprechung ergibt, wird ein widersprüchliches, nicht billigenswertes Verhalten eines Fahrgastes dann angenommen, wenn er eine Gefälligkeitsfahrt bei vollem Bewusstsein einer besonderen Gefährlichkeit[2] freiwillig mitmacht und später Ersatz des ganzen Schadens verlangt. Denn ein solcher Fahrgast gab durch seine freiwillige Mitfahrt zu erkennen, dass er die erkannte Gefahr auf sich zu nehmen bereit ist;[3] wenn er nun nachträglich vollen Schadensersatz verlangt, so verlangt er etwas, was ihm infolge der Verletzung der Obliegenheit des § 254 BGB zur Unterlassung von Selbstschädigungen nicht mehr zusteht. Die gesetzliche Folge davon ist, dass dem auf eigene Gefahr Handelnden der Vorwurf eines Mitverschuldens nach näherer Massgabe des § 254 BGB gemacht werden kann.[4]

Für die Behandlung eines Handelns auf eigene Gefahr als Verschulden im Sinne von § 254 BGB spricht ein weiterer Gesichtspunkt: Wenn ein solches Mitverschulden immer dann angenommen wird, wenn der Mitfahrer die besondere Gefahr nicht er-

---

1) Auf Zitelmanns "Verschulden gegen sich selbst" bezugnehmend, kann man sagen, ein Verschulden im Sinne des § 254 BGB liegt dann vor, wenn das fragliche Tun bei einer Übertragung auf fremde Angelegenheiten eine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wäre, vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 13. V und Enneccerus-Lehmann, § 16 I 3: "Es handelt sich um Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, durch welche der eigene Schaden hätte abgewandt oder gemindert werden können."

2) Wenn diese besondere Gefährlichkeit, die über die allgemeinen Gefahren des Strassenverkehrs (bei gewöhnlicher Gefälligkeitsfahrt wird voll gehaftet, vgl. oben B) hinausgehen muss, fehlt, ist eine Haftungsbeschränkung nur bei Vorliegen anderer besonderer Umstände möglich, vgl. unten E.

3) BGH 14.3.61, NJW 1961, 657; Böhmer, JZ 1961, 740.

4) Vgl. Stoll, S.316: "Ein solches Vorgehen verdient keine rechtliche Billigung: dies ist der Grundgedanke des § 254 BGB."

kannt hat,[1] sondern nur hätte erkennen müssen, so muss doch erst recht ein Mitverschulden angenommen werden, wenn er diese besondere Gefahr sogar erkannt hat.[2]

Die gegenteilige Ansicht, § 254 BGB passe nicht auf die Fälle des Handelns auf eigene Gefahr, geht am Problem vorbei: Es wird einfach behauptet, § 254 BGB sei, da er Verschulden voraussetze, nicht anwendbar;[3] dabei wird nicht auf die Frage eingegangen, ob nicht gerade im Handeln auf eigene Gefahr ein Verschulden im Sinne des § 254 BGB liegt.

V. Schadensteilung nach § 254 BGB

1. Allgemeine Bedeutung der "Umstände"

Die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes hängen nach dem Wortlaut des Gesetzes "von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist".[4] Mit der generellen Verweisung auf die Umstände stellt der Gesetzgeber klar, dass die Abwägung nach § 254 BGB letztlich ein Billigkeitsurteil und dass die Vorschrift des § 254 BGB insofern ein Ausfluss des § 242 BGB ist.

Die Bestimmung des § 254 BGB gewährt dem Schädiger "eine Einrede der allgemeinen Arglist",[5] wenn der Geschädigte ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB zu vertreten hat. Die Abwägung kann deshalb nicht streng schematisch erfolgen, sondern hat sich nach dem Einzelfall zu richten. Umstände im Sinne des § 254 BGB sind sämtliche Bedingungen, die "conditiones sine quibus non" sind, und auch solche Umstände, aus denen auf Vorsatz,

---

1) Siehe oben C II 4.
2) Vgl. Böhmer, MDR 1961, 661; Hitzfeld, S.148/149.
3) Zum Beispiel Löhlein, ZHR 102, 302.
4) § 254 Abs.1 BGB.
5) So Staudinger-Werner, Rn.70 zu § 254.

Fahrlässigkeit oder Adäquanz zu schliessen ist.[1] Dies geht aus der allgemeinen Fassung des Gesetzestextes hervor.

2. Die vorwiegende Verursachung als Hauptanhaltspunkt

Innerhalb der "Umstände" ist nach dem Willen des Gesetzes der wichtigste Gesichtspunkt die Verursachung.[2]

Die Hauptschwierigkeit bei der Abwägung nach der vorwiegenden Verursachung ist, dass es strenggenommen keine verschiedenen Grade der Verursachung gibt: Wenn etwas Ursache für einen Erfolg ist, so ist es immer Ursache für den ganzen Erfolg, nicht nur für einen Teil. Einer solchen Beurteilung der Verursachung für die Zwecke des § 254 BGB widerspricht aber schon die Tatsache, dass in § 254 BGB ein Schaden auf zwei Verursacher - Schädiger und Geschädigter - aufgeteilt wird, obwohl auch der Schädiger allein den ganzen Schaden verursacht hat. Weiterhin spricht gegen die Brauchbarkeit der philosophischen Terminologie der Verursachung, dass der philosophische Verursachungsbegriff im Zivilrecht ganz allgemein unpassend ist und schon bei Schaffung des adäquaten Verursachungsbegriffes auf die Anschauung des praktischen Lebens abgestellt werden musste.[3] Für die Zwecke des § 254 BGB muss noch einen Schritt weitergegangen werden, um zu einem verwendbaren Verursachungsbegriff zu kommen: Danach ist vorwiegende Ursache "diejenige Bedingung, von der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Herbeiführung des Erfolges mit grösserer Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte".[4] Der Bundesgerichtshof nimmt vorwiegende Verursachung dann an, wenn das Handeln des einen Teiles den Erfolgseintritt in

---

1) Vgl. Venzmer, S.139.
2) So auch RG 14.11.29, JW 1931, 45; BGH 11.12.5o, NJW 1951, 11o; BGH 8.2.52, NJW 1952, 537 (539); BGH 8.12.54, VersR 1955, 12o; OLG München 1o.3.59, VersR 1959, 915; Böhmer, JZ 1961, 739; RGRK-Nastelski, Rn.75 zu § 254; Staudinger-Werner, Rn.7o, 72 zu § 254; Venzmer, S.141.
3) Statt vieler Palandt-Danckelmann, Anm.5 b und c vor § 249.
4) Staudinger-Werner, Rn.71 zu § 254.

höherem Masse wahrscheinlich gemacht hat als das des anderen Teiles.[1)]

Gegen diese Dominanz des Gefährlichkeitsmasstabs wendet sich Klauser.[2)] Er meint, es komme in erster Linie auf die Sachwidrigkeit einer Verhaltensweise an.[3)] Die Unbrauchbarkeit seiner sehr verwickelten und teilweise unklaren Ausführungen, in denen immerzu nach neuen Begriffen gesucht wird, ergibt sich schon daraus, dass Klauser zugeben muss, dass die Gefährlichkeit für die Sachwidrigkeit "meist ein brauchbarer und wertvoller Masstab"[4)] ist und dass für die Gefährdungshaftung das Merkmal der Sachwidrigkeit ungeeignet ist, es hier vielmehr auf die Gefährlichkeit des Verhaltens des Geschädigten (= Schadensgeneigtheit) ankommt.[5)]

Es sind Fälle denkbar, die im herkömmlichen Sinne als Fälle eines Handelns auf eigene Gefahr anlässlich einer Gefälligkeitsfahrt angesehen werden, in denen schon eine Verursachungsabwägung nach § 254 BGB ausreicht, um zu einer völligen Freistellung das Schädigers zu kommen. So betrachtet es Krückmann fast als einen Fall der Alleinverursachung des Geschädigten, wenn letzterer den Fahrer betrunken macht.[6)] Wenn nun noch dazukäme, dass die Anregung zu der Fahrt vom Mitfahrer ausging, so liesse sich eine Haftungsfreistellung des Schädigers im Wege einer Verursachungsabwägung - hier stark überwiegende Verursachung durch den Geschädigten - annehmen.

Bei Unterlassungsdelikten kann (meist Fälle eines Verstosses des Schädigers gegen Verkehrssicherungspflichten) im Wege der Verursachungsabwägung gewöhnlich ein Haftungsausschluss begründet werden, weil in solchen Fällen das Schadensereignis durch aktive Tätigkeit des Beschädigten unmittelbar ausgelöst wird. Bei den in Frage kommenden Fällen handelt es sich jedoch um keine Gefälligkeitsfahrten, sondern um das Betreten gefährlicher Wege, ungesicherter Baustellen und Bankette, eingezäunter Weideflächen usw.[7)]

---

1) BGH 8.2.52, NJW 1952, 537 (539).
2) Klauser, NJW 1962, 369-374.
3) Klauser, a.a.O., S.370/371.
4) Klauser, a.a.O., S.372.
5) Klauser, a.a.O.
6) Krückmann, JW 1932, 3692; vgl. oben D I 2.
7) Vgl. Hitzfeld, S.147/148; zum Beispiel RG 11.4.06, JW 1906,

Für den Regelfall der Gefälligkeitsfahrt unter besonders gefährlichen Umständen kann aber über die Verursachungsabwägung keine völlige Haftungsfreistellung des Fahrers herbeigeführt werden, selbst nicht bei bewusster, vermeidbarer Selbstgefährdung.[1] Denn es bleibt dabei - abgesehen von dem oben in Zusammenhang mit Krückmanns Beispiel konstruierten Fall - , dass den Schädiger eine zumindest anteilmässige Verursachung trifft: Er ist derjenige, der die eigentliche Gewalt über das Kraftfahrzeug ausübt und deshalb den Unfall unmittelbar verursacht, was auch durch die Normierung der Verursachungshaftung in § 7 Abs.1 StVG zum Ausdruck gebracht wird.

Es wäre jedoch müssig, nach Beispielen für einen Haftungsausschluss auf Grund der Verursachungsabwägung zu suchen, denn es kommt nicht allein auf die überwiegende Verursachung an. Das Gesetz stellt die Verursachung nur als besonderen Umstand heraus, ohne damit, wie sich aus dem Wortlaut ergibt,[2] zum Ausdruck zu bringen, dass keine sonstigen Umstände berücksichtigt werden sollen.

3. Heranziehung der übrigen Umstände

a) Allgemeines

Der Wortlaut des Gesetzes stellt klar, dass ausser der Verursachung noch weitere Umstände mitabzuwägen sind. Die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches stützt diese am Wortlaut orientierte Auslegung und gibt nähere Anhaltspunkte darüber, wie die Abwägung vorzunehmen ist: Ein Mitverschulden des Geschädigten sollte die Haftung nicht, wie bisher im Gemeinen Recht, ganz ausschliessen, sondern es sollte aus Billig-

---

349; BGH 8.12.54, VersR 1955, 121; OLG Braunschweig 8.1o.53, VersR 1954, 357; OLG Hamm 6.1o.55, VersR 1956, 424 (425).

1) So auch Hitzfeld, S.15o, und BGH 24.1o.61, VersR 1962, 84, für Verursachungs- und Verschuldensabwägung.

2) "... von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist".

keitsgründen dem Ermessen des Richters überlassen bleiben, eine gerechte Verteilung zu finden. Die erste Kommission war der Ansicht, es sei am besten, "dem Richter möglichste Freiheit in der Beurteilung des konkreten Falles zu lassen".[1)]

b) Mitverschulden des Geschädigten als besonderer Umstand

Das Mitverschulden des Geschädigten ist wohl der nächstliegende sonstige Umstand, wenn man die Möglichkeiten eines verschieden schweren Verschuldens bedenkt. Dazu kommt, dass im ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch das Verschulden als besonderer Umstand normiert war und durch die zweite Kommission nur deshalb durch die vorwiegende Verursachung ersetzt wurde, um auch solche Fälle zu decken, bei denen der Schädiger für seine Handlungen ohne Rücksicht auf sein Verschulden oder für Handlungen eines Dritten einstehen muss.[2)] Dadurch wollte der Gesetzgeber die Verschuldensabwägung nicht ausschalten, er wollte nur die Vorrangstellung der Verursachungsabwägung wahren, um § 254 BGB zu einer generellen Regel für alle Fälle des Mitverschuldens, also auch für Mitverschulden gegenüber Gefährdungshaftung, zu machen. Hieraus folgt, dass in Fällen der Verschuldenshaftung (um eine solche handelt es sich in den Fällen eines Handelns auf eigene Gefahr wegen des Ausschlusses der Gefährdungshaftung durch § 8a StVG) das vor allem für die Fälle der Gefährdungshaftung ins Gesetz eingefügte Verursachungsprinzip nicht so sehr im Vordergrund zu stehen hat, dass vielmehr die sonstigen Umstände und hier in besonderem Masse das Verschulden mehr Berücksichtigung finden können.

Allgemein lässt sich zu dem Verhältnis Verursachungsabwägung - Verschuldensabwägung sagen, dass in erster Linie auf die vorwiegende Verursachung abzustellen ist; in zweiter Linie ist die Schwere des Verschuldens zu berücksichtigen.[3)] Wenn auf

---

1) Mugdan (Motive) II, 13, zitiert nach Hitzfeld, S.52.
2) Mugdan (Protokolle) II, 519, zitiert nach Hitzfeld, S.153.
3) So RG 14.11.29, JW 1931, 45; BGH 11.12.5o, NJW 1951, 11o; LG München, 15.12.6o, VersR 1961, 1o53; Böhmer, JZ 1961, 739; Enneccerus-Lehmann § 16 IV; Staudinger-Werner, Rn.72 zu § 254; Venzmer, S.139 - 141.

diese Weise der Frage der Ursächlichkeit auch der Vorrang gegeben werden muss, so darf dies nicht so schematisch getan werden, dass in eine Prüfung der Verschuldensabwägung erst eingetreten wird, wenn von einer vorwiegenden Verursachung durch einen Teil nicht gesprochen werden kann.[1] Vielmehr sind in jedem Falle, in dem die Verschuldensabwägung nicht nur unwesentlich von der Verursachungsabwägung abweicht, beide Abwägungsprinzipien zu berücksichtigen. Bei aller Elastizität in der Schadensverteilung darf nicht so weit gegangen werden, dass überwiegendes Verschulden ohne Abgrenzung mit der wirksameren Verursachung vermischt wird wie in dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8.12.1954, wo gesagt wird, die Abwägung nach § 254 BGB "kann hier nur dahin führen, dass der Kl. mit Rücksicht auf sein überwiegendes Verschulden, durch das er die wirksamste Ursache für den Unfall gesetzt hat, seinen gesamten Schaden selbst tragen muss".[2]

Für die Gefälligkeitsfahrt ergibt sich bei Abwägung nach Verursachung u n d Verschulden kein wesentlicher Unterschied gegenüber der reinen Verursachungsabwägung. Zwar liegt bei einer Mitfahrt an einer als besonders gefährlich erkannten Autofahrt ein erhebliches Verschulden des Fahrgastes vor, das aber gegenüber der sachbedingt überwiegenden Verursachung durch den Fahrer[3] nicht so dominiert, dass sich eine Haftungsfreistellung des Fahrers ergibt, insbesondere da auch dessen Verschulden durch die gesteigerte Gefährlichkeit der Fahrt erhöht wird.[4]

Bei ausschliesslicher Berücksichtigung von Verursachung u n d Verschulden als Abwägungsprinzipien lässt sich demnach bei einer besonders gefährlichen Gefälligkeitsfahrt grundsätzlich kein völliger Wegfall der Ersatzpflicht des Fahrers begründen, so dass eine Berücksichtigung nur der Abwägungsumstände Verursachung und Verschulden nicht zur Begründung des Han-

---

1) Diese extreme Ansicht ist enthalten in: BGH 8.2.52, NJW 1952, 539; RGRK-Nastelski, Rn.75 zu § 254.
2) BGH 8.12.54, VersR 1955, 121.
3) Siehe oben bei D V 2.
4) So führt der BGH in seiner Entscheidung vom 24.1o.61, VersR 1962, 85, aus, zwar treffe den Fahrgast ein Mitverschulden, da er mit einer Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit rechnen musste, den Beklagten "treffe jedoch als Fahrer die grössere Verantwortung".

delns auf eigene Gefahr als Anwendungsfall des § 254 BGB ausreicht.[1)]

c) Der typische Fall des Handelns auf eigene Gefahr als besonderer Umstand

Wie schon mehrfach erwähnt, sieht die Vorschrift des § 254 BGB bei der Schadensverteilung die Berücksichtigung weiterer Umstände - neben Verursachung und Verschulden - vor. Wenn auch die meisten Entscheidungen nur eine Abwägung nach Verursachung und Verschulden vornehmen, so ist doch die Bestimmung des § 254 BGB eine Art partieller Generalklausel, die eine Abwägung nach den Bedürfnissen des Lebens und den Interessen der Beteiligten gestattet.[2)] Dies geht aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ("dem Richter möglichste Freiheit in der Beurteilung des konkreten Falles zu lassen"[3)]), ihrem Wortlaut und den Stellungnahmen von Rechtsprechung und Literatur hervor. So führte das Reichsgericht in seinem Urteil vom 5.5.19o2 unter anderem aus: "Hiermit hat das Gesetz dem Ermessen des Richters, im Vertrauen auf eine allseitige, gerechte Würdigung des Einzelfalles durch denselben, einen sehr weitgehenden Spielraum eingeräumt."[4)] Lehmann spricht davon, dass das Bürgerliche Gesetzbuch "die Ersatzpflicht und deren Höhe von den Umständen, d.h. also von dem die Umstände frei würdigenden richterlichen Ermessen abhängig macht ...".[5)] Werner betont, § 254 BGB schreibe hinsichtlich der Abwägung ein Billigkeitsurteil vor.[6)] Zitelmann spricht von der Möglichkeit, überall billige Entscheidungen zu treffen.[7)]

---

1) So auch Hitzfeld, S.15o; deshalb ist die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 5.4.56, VersR 1957, 343, mit der dort gegebenen Begründung (das überwiegende Mitverschulden des Mitfahrers bewirkte einen Haftungsausschluss) unrichtig; desgleichen ist die Entscheidung des LG Nürnberg vom 9.6.54, VersR 1954, 567, zumindest irreführend.
2) Ähnlich Hitzfeld, S.154.
3) Siehe oben D V 3 a.
4) RGZ 51, 275 (279).
5) Enneccerus-Lehmann, § 16, Einleitung.
6) Staudinger-Werner, Rn.7o zu § 254.
7) Zitelmann, AcP 99, 65: "... die grosse Freiheit, die § 254 ihm lässt, ermöglicht überall billige Entscheidungen".

Auf der Grundlage dieser weiten, an der Billigkeit orientierten Auslegung des § 254 BGB kann versucht werden, in den Fällen des Handelns auf eigene Gefahr solche Abwägungsumstände zu finden, die einen Haftungsausschluss oder zumindest einen weitgehenden Ausschluss bewirken können. Das Handeln auf eigene Gefahr als die freiwillige, unentgeltliche Mitfahrt in einem Kraftfahrzeug bei bekanntem Vorliegen einer besonderen Gefährdung ist in vielen Fällen ein solcher Umstand. Schon vor Flads Veröffentlichung im Jahre 1919[1] war anerkannt, dass das Handeln auf eigene Gefahr in der Lage sein muss, die Haftung des Fahrers auszuschliessen. Wenn auch lange Zeit die Ansicht vorherrschend war, der Haftungsausschluss werde rechtsgeschäftlich herbeigeführt, und später der Haftungsausschluss unmittelbar auf § 242 BGB gestützt wurde, so war doch schon längst vorher erkannt worden, dass auf der Grundlage des § 254 BGB ein solcher Haftungsausschluss ebenfalls herbeigeführt werden kann.[2] Sowohl die Einwilligungstheorie als auch die Theorie des widersprüchlichen Verhaltens beruht auf Billigkeitserwägungen, die im ersteren Falle auf § 157 BGB und die Konstruktion einer Willenserklärung und im letzteren Fall auf § 242 BGB unmittelbar gestützt wurden. Wenn man nun diese Billigkeitserwägungen, die zur Begründung des Begriffes des Handelns auf eigene Gefahr geführt haben, nach § 254 BGB beurteilt - die "Umstände" im Text des § 254 BGB geben hierzu die Möglichkeit - , so finden damit alle Spekulationen um den Rechtscharakter des Handelns auf eigene Gefahr ihr Ende.[3] Zu dieser Einordnung des Handelns auf eigene Gefahr in die Vorschrift des § 254 BGB - zu seiner Behandlung als sonstiger Umstand des § 254 BGB - berechtigt vor allem die Tatsache, dass das Handeln auf eigene Gefahr schon seit Jahrzehnten als besonderer rechtlicher Vorgang angesehen wurde, als eine Gefahrübernahme. Diese Gefahrübernahme ist es, was im enge-

---

1) Recht 1919, Spalte 13 ff.
2) RG 11.4.06, JW 1906, 349; RG 1.10.06, JW 1906, 710 Nr.4; vgl. oben D I 1.
3) So schreibt Stoll, S.315: Der Haftungsausschluss kraft Handelns auf eigene Gefahr "wird aber von der Vorschrift des § 254 BGB ihrem Wortlaut und ihrem Zweck nach vollständig erfasst". - Vgl. auch Hitzfeld, S.155.

ren Sinne als Abwägungsumstand des § 254 BGB anzusehen ist.

Die Vorschrift des § 254 BGB wird als allgemeine Billigkeitsregel angesehen[1] - und gerade das Handeln auf eigene Gefahr verlangt eine solche Beurteilungsmöglichkeit. Wenn nun noch berücksichtigt wird, dass § 254 BGB auf dem Rechtsgedanken von Treu und Glauben beruht, so kann "nicht mehr zweifelhaft sein, dass das Handeln auf eigene Gefahr gerade hier in § 254 rechtsdogmatisch zu lokalisieren und institutionell einzuordnen ist".[2]

Diese Konzeption verbindet die bisher für das Handeln auf eigene Gefahr geforderte Möglichkeit eines Haftungsausschlusses mit dem Vorteil einer reibungslosen Einordnung in das System des Schuldrechts. Der nur als letzter Ausweg zulässige Rückgriff auf die Generalklausel und die Konstruktion einer fiktiven Willenserklärung werden vermieden. Es führt also eine an dem Wortlaut des Gesetzes, an der Entstehungsgeschichte und an der Motivierung des § 254 BGB ausgerichtete Auslegung zu dem dogmatisch einwandfreien Ergebnis, dass das Handeln auf eigene Gefahr als haftungsausschliessendes Mitverschulden verstanden werden kann [3] oder, anders ausgedrückt: Wenn jemand ohne Not an einer Gefälligkeitsfahrt teilnimmt, deren besondere Gefährlichkeit ihm bekannt ist, so setzt er damit einen Umstand, der im Rahmen der Abwägung nach § 254 BGB zu berücksichtigen ist und der zur Haftungsfreistellung des Fahrers führen kann; die freiwillige Selbstgefährdung wird als bei der Abwägung nach § 254 BGB zu berücksichtigender Umstand anerkannt.

Damit ist jedoch nicht gesagt, dass, was bisher für selbstverständlich gehalten wurde, jedes Vorliegen von Handeln auf eigene Gefahr auf seiten des Fahrgastes automatisch zu einem Haftungsausschluss führen muss. Zwar ist ein völliger Haftungsausschluss möglich - wie aus dem Wortlaut des § 254 BGB und aus dem Charakter des Handelns auf eigene Gefahr als Abwägungsumstand hervorgeht - , aber durchaus nicht stets notwendig, denn

---

1) Siehe oben D V 3 a und Fn.4 - 7 auf S.7o.
2) Hitzfeld, S.156.
3) Vgl. Hitzfeld, S.157. - So auch Stoll, S.318: "Die Schadensverteilung nach § 254 BGB kann unter ganz besonderen Umständen dazu führen, dass der verletzte Fahrgast den erlittenen Schaden allein zu tragen hat."

es müssen auch die übrigen Umstände berücksichtigt werden. Mit dem Bundesgerichtshof muss gesagt werden: "Andererseits wäre es aber einseitig, nur die freiwillige Selbstgefährdung des Kl. zu sehen und den übrigen Umständen des Einzelfalles von vornherein jede Bedeutung abzusprechen."[1)]

d) Weitere bei der Abwägung zu berücksichtigende Umstände

Ausser Verursachung, Verschulden und dem komplexen Umstand der Selbstgefährdung gibt es weitere, bei der Abwägung nach § 254 BGB zu berücksichtigende Umstände. Hierbei ist an die zwischen Fahrer und Fahrgast bestehenden Beziehungen - z.B. Verwandtschaft, nahe Bekanntschaft, Abhängigkeitsverhältnis, Mitnahme eines per Anhalter Fahrenden - zu denken. Alle diese Umstände können das Verlangen des Schädigers auf Ersatz des vollen Schadens widersprüchlich machen; zwar kommt ihnen im Vergleich zu Verursachung, Verschulden und Handeln auf eigene Gefahr nur eine geringe Bedeutung zu. Doch dürfen sie bei der alle Umstände des einzelnen Falles berücksichtigen müssenden Schadensabwägung nicht unberücksichtigt bleiben.

VI. Praktische Verwendbarkeit des Handelns auf eigene Gefahr als Sonderfall des § 254 BGB

Die dargestellte Behandlung des Handelns auf eigene Gefahr als Sonderfall des § 254 BGB kann sich in Rechtsprechung und Lehre trotz rechtssystematischer Korrektheit nur dann durchsetzen, wenn sie auch praktische Vorteile gegenüber der bisherigen Behandlung des Handelns auf eigene Gefahr bietet.

---

1) BGH 14.3.61, NJW 1961, 658; zur Frage, wann das Handeln auf eigene Gefahr als Fall des § 254 BGB zu einem Haftungsausschluss, wann nur zu einer Schadensteilung führt, wird weiter unten (C VI 3) Stellung genommen.

Deshalb ist eine Betrachtung unter vorwiegend praktischen Gesichtspunkten angebracht.

1. Vermeidung der sich aus der Willenserklärungskonstruktion ergebenden Probleme

a) Unterscheidung zwischen stillschweigendem Haftungsverzicht und Handeln auf eigene Gefahr

Während sich bei herkömmlicher Betrachtungsweise zwischen stillschweigendem Haftungsverzicht und Handeln auf eigene Gefahr in den verschiedenen Anwendungsfällen, vom Ergebnis her gesehen, kaum Unterschiede feststellen liessen,[1] ist das Handeln auf eigene Gefahr als Anwendungsfall des § 254 BGB in jeder Hinsicht etwas anderes als ein stillschweigender Haftungsverzicht. Das Handeln auf eigene Gefahr ist ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB, während der stillschweigende Haftungsverzicht von der Konstruktion zweier Willenserklärungen abhängt. Alternativbegründungen, die bisher die Regel waren,[2] scheiden aus.

b) Konstruktion einer Willenserklärung

Alle mit der Klassifizierung des Handelns auf eigene Gefahr als einer die Rechtswidrigkeit ausschliessenden Willenserklärung[3] zusammenhängenden Probleme fallen bei der Behandlung des Handelns auf eigene Gefahr als Unterfall des § 254 BGB weg. Es ist nicht notwendig, eine Willenserklärung zu fingieren, obwohl der Mitfahrer in der Regel nicht an die Möglichkeit eines Unfalles denkt, zumindest jedoch nicht beabsichtigt, sich um seine eventuellen Schadensersatzansprüche zugunsten der Haftpflichtversicherung des Fahrers zu bringen.[4]

---

1) Vgl. oben C II 1.
2) Vgl. oben C II 1 Fn.5 auf S.23 und Fn.1 auf S.24.
3) Dieser Abschnitt hat nur noch theoretische Bedeutung.
4) Vgl. oben C II 2 a.

Es ist auch nicht notwendig, sich damit auseinanderzusetzen, welcher Platz dem Gefährdungsbewusstsein des Mitfahrers innerhalb einer Einwilligungserklärung zukommt und ob dieser eventuell zum Vertrauensschadensersatz verpflichtet ist.[1] Es genügt festzustellen, dass eine Mitfahrt des Geschädigten im Bewusstsein einer besonderen Gefährdung als Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB zu behandeln ist.[2] Auch die Frage nach der Sittenwidrigkeit der Einwilligungserklärung[3] fällt weg, da eine Sittenwidrigkeit das Mitverschulden keineswegs hinfällig macht.

c) Geschäftsfähigkeit

Im Rahmen einer Schadensabwägung nach § 254 BGB kommt es weder auf eine Geschäftsfähigkeit des Fahrers noch des Mitfahrers an.[4] Es genügt die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit (Zurechnungsfähigkeit) der Beteiligten.

Während auf den Fahrer, der wegen eines Unfalls anlässlich einer Gefälligkeitsfahrt vom Fahrgast nur belangt werden kann, wenn er eine unerlaubte Handlung begeht,[5] die §§ 827 - 829 BGB unmittelbar anwendbar sind, ergeben sich bezüglich des Mitverschuldens des Mitfahrers, besonders was die Anwendbarkeit des § 829 BGB betrifft, Schwierigkeiten.

Die §§ 827, 828 BGB werden in § 276 Abs.1 Satz 3 BGB ganz allgemein für die Verschuldenshaftung für anwendbar erklärt. Daraus wird unbestritten geschlossen, dass die §§ 827, 828 BGB auch auf das Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB entsprechend anzuwenden sind.[6]

---

1) Vgl. oben C II 2 b.
2) Vgl. oben D IV 3.
3) Vgl. oben C II 2 c.
4) Vgl. oben C II 3; bei Anwendung der Einwilligungstheorie muss der Mitfahrer voll geschäftsfähig sein, um eine wirksame Einwilligungserklärung abgeben zu können; der Fahrer muss in der Lage sein, die bewusste Selbstgefährdung zu erkennen, was nach Alkoholgenuss oft fraglich ist.
5) Wegen § 8a StVG.
6) Vgl. BGH 26.1o.55, VersR 1955, 762-764; OLG Stuttgart 2o.3.56, VersR 1958, 473; Enneccerus-Lehmann, § 16 I 3 a; Larenz, AT, § 15 I a; Palandt-Danckelmann, Anm.2 a zu § 254; RGRK-Nastelski, Rn.36 zu § 254; Staudinger-Werner, Rn.3o zu § 254; Stoll, S.317.

Hinsichtlich des § 829 BGB wird nun, ausgehend von der Entscheidung des Reichsgerichts vom 12.1o.19o3,[1] behauptet, er sei eine besondere Ausnahmevorschrift, insbesondere weil er die Verursachungshaftung einführe, und dürfe als solche nicht entsprechend auf § 254 BGB angewendet werden; seine Nichtanwendbarkeit ergebe sich ausserdem auch daraus, dass § 829 neben den §§ 823 - 826 BGB nicht noch § 254 BGB zitiere.[2] Letzteres Argument ist rein formal; auch der Ausnahmecharakter des § 829 BGB hindert seine entsprechende Anwendung auf § 254 BGB nicht. Natürlich ist bei der Anwendung des § 829 BGB im Rahmen des § 254 BGB darauf zu achten, dass die strengen Voraussetzungen des § 829 BGB voll eingehalten werden, dass also sein Ausnahmecharakter auch im Rahmen des § 254 BGB gewahrt bleibt. Für die entsprechende Anwendung des § 829 BGB spricht insbesondere, dass bei Selbstschädigung und Fremdschädigung durch einen Unzurechnungsfähigen die Interesselage gleich ist.[3] Demzufolge sind die §§ 827 - 829 BGB auf Fahrer und Mitfahrer anzuwenden.

d) Bewusstsein des Fahrgastes von der besonderen Gefahr

Dem Bewusstsein des Mitfahrers von der besonderen Gefahr kommt bei einer Abwicklung des Handelns auf eigene Gefahr über § 254 BGB nicht die gleiche zentrale Bedeutung zu wie bei der Einwilligungstheorie. Während die Einwilligung des Fahrgastes in eine Verletzung - und somit sein Handeln auf eigene Gefahr - mit seinem Bewusstsein von der besonderen Gefahr stand und fiel,[4] hat es nach der hier vertretenen Ansicht nur noch Bedeutung im Rahmen der Schadensabwägung nach § 254 BGB. Zwar wird die Abwägung gewöhnlich keine völlige Freistellung des

---

1) JW 19o3, Beilage S.122.
2) So besonders Böhmer, VersR 1962, 215; gegen die Anwendung von § 829 auf § 254 BGB auch Schmidt, Die Obliegenheiten, S.118; Wussow, Rn.438; Staudinger-Werner, Rn.3o zu § 254.
3) So Palandt-Gramm, Anm.4 zu § 829; für eine Anwendung des § 829 auch: Enneccerus-Lehmann, § 16 I 3 a; Koebel, NJW 1956, 969 (972); Larenz, AT, § 15 I a; Palandt-Danckelmann, Anm.2 a zu § 254; RGRK-Nastelski, Rn.37 zu § 254; OLG Stuttgart 2o.3.56, VersR 1958, 473.
4) Vgl. oben C II 4.

Fahrers ergeben, wenn sich nicht ein Bewusstsein des Mitfahrers von der besonderen Gefährlichkeit der betreffenden Fahrt feststellen lässt, da dann der besondere Abwägungsumstand der bewussten Selbstgefährdung nicht vorliegt. Andererseits wird aber auch ein Nachweis des Bewusstseins einer besonderen Gefahr nicht stets zu einem völligen Haftungsausschluss führen.[1] Infolgedessen besteht keine Notwendigkeit mehr, unbedingt ein Gefährdungsbewusstsein nachzuweisen oder sogar zu konstruieren, um einer Abwägung nach § 254 BGB, die nach der Einwilligungstheorie nur eine eventuell unbillige Schadensteilung zuliess, auszuweichen. Vielmehr ist § 254 BGB für alle Fälle der objektiv gefährlichen Mitfahrt zuständig, wobei allerdings das Gefährdungsbewusstsein als Mitverschuldensfaktor u n d Bestandteil der bewussten Selbstgefährdung (einem besonderen Abwägungsumstand!) von wesentlicher Bedeutung ist.[2]

e) Ausmass des zugelassenen Verschuldens des Fahrers

Während die Einwilligungstheorie ein Handeln auf eigene Gefahr des Mitfahrers grundsätzlich nur dann annehmen kann, wenn dem Fahrer nur leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt,[3] erweist sich wiederum die Behandlung des Handelns auf eigene Gefahr als Anwendungsfall des § 254 BGB als weitaus elastischer und deshalb in der Praxis besser verwendbar. Selbstverständlich wird die Schadensabwägung von dem Ausmass der Fahrlässigkeit des Schädigers mitbestimmt; es wird auch bei grober Fahrlässigkeit des Fahrers seltener zu einem völligen Haftungsausschluss kommen als bei einer leichten. Es muss aber keine scharfe Unterscheidung getroffen werden, sondern das Ergebnis hängt stets vom Einzelfall und allen seinen Umständen ab.[4]

---

1) Vgl. unten D VI 3.
2) Vgl. unten D VI 3.
3) Vgl. oben C II 5.
4) Vgl. unten D VI 3.

f) Auswirkung auf ein Gesamtschuldverhältnis

Die Gefahrübernahme als Selbstverschulden nach § 254 BGB wirkt unmittelbar gegenüber Dritten. Das Selbstverschulden beeinflusst ein Gesamtschuldverhältnis unmittelbar (§ 254 BGB findet auch gegenüber mehreren Schädigern Anwendung[1]); deshalb können an den Dritten keine seinen Tatanteil übersteigenden Schadensersatzansprüche, die eine Ausgleichung nach sich ziehen könnten, gestellt werden. Wurde durch Handeln auf eigene Gefahr die Haftung des Fahrers gegenüber dem Mitfahrer und Geschädigten ausgeschlossen, so liegt kein Gesamtschuldverhältnis mehr vor; der Mitfahrer kann sich nur an den Dritten halten, und zwar in der Höhe, in der der Dritte den Gesamtschaden mitzuverantworten hat. Der Dritte muss somit für nicht mehr als d e n Anteil einstehen, den er durch sein eigenes Verhalten verursacht hat, weshalb für ein Ausgleichsverhältnis und damit für den ungemässen Rückgriff auf den freigestellten Schädiger kein Raum mehr bleibt.[2]

Wenn durch das Handeln auf eigene Gefahr die Haftung des Fahrers nur beschränkt wird, so sind dem Mitfahrer mehrere Personen als Gesamtschuldner schadensersatzpflichtig, und eine nach § 254 BGB vorzunehmende Abwägung kann gegenüber den mehreren Schädigern verschieden ausfallen, je nach dem Ausmass der Beteiligung des Fahrers, des Dritten und des Mitfahrers an der Schadensherbeiführung. Auch dann kann der Mitfahrer gegen die Gesamtschuldner beziehungsweise einen von ihnen nur d e n Schadensanteil geltend machden, der nicht seinem Mitverschulden zuzurechnen ist.

Bis zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.6.1959[3] wurde der Ausgleich in der Weise berechnet, dass ein Ausgleich zwischen Fahrer und Zweitschädiger nur insoweit stattfand, als die Schädiger für die gleiche Schadensquote hafteten.[4] In aus-

---

1) BGH 3.2.54, BGHZ 12, 213; BGH 16.6.59, MDR 1959, 746 (747).
2) Vgl. Hitzfeld, S.166, und oben C II 6.
3) MDR 1959, 746.
4) BGH 3.2.54, BGHZ 12, 213, 2.Leitsatz; zur Veranschaulichung dieser Berechnungsweise diene folgendes Beispiel: Es sei unterstellt, der Mitfahrer habe seinen Schaden in Höhe von DM 600 dem Fahrer gegenüber zur Hälfte mitverschuldet (wegen

drücklichem Widerspruch zu dieser Rechtsprechung[1] entschied der Bundesgerichtshof am 16.6.1959[2] für den Fall, dass die Abwägung für alle drei Beteiligten zu einer gleichen Schadensquote führte, es müsse eine Gesamtabwägung stattfinden; es sei unbillig, die beiden in Anspruch genommenen Schädiger nur als Gesamtschuldner für diese Quote haften zu lassen. Der Bundesgerichtshof fährt weiter: "Diese Lösung kann nicht befriedigen, weil sie dem Geschädigten weniger gewährt, als ihm bei einer Gesamtschau des Unfallgeschehens zukommen müsste. ... Das Problem kann mit Hilfe einer Quotenhaftung nicht befriedigend gelöst werden. ... Ein befriedigendes Ergebnis ist nur zu erzielen, wenn man das Prinzip der Gesamtschuld mit dem Abwägungsprinzip des § 254 BGB (§ 17 StVG) in Einklang bringt und die Einzelabwägung mit einer aus der Gesamtschau gewonnenen Solidarabwägung (Gesamtabwägung) verknüpft."[3]

In dem vom Bundesgerichtshof gewählten Beispiel wurde ein Schaden des A in Höhe von DM 3ooo zu gleichen Teilen von A, B und C verschuldet. A ist nun nicht nur auf einen gesamtschuldnerischen Anspruch von DM 15oo angewiesen, sondern er kann insgesamt DM 2ooo beanspruchen, von B und C aber jeweils nur DM 15oo, was den zwischen A und den beiden Schädigern B und C bestehenden Verschuldensverhältnissen gemäss einer Sonderabwägung entspricht. B und C müssen sich zu gleichen Teilen ausgleichen, so dass jeder der drei Beteiligten mit DM 1ooo belastet wird (und nicht A mit DM 15oo und B und C zusammen mit DM 15oo).[4]

Das Beispiel des Bundesgerichtshofs betrifft den Fall, dass B und C den A unmittelbar schädigen, wenn also die beiden

---

Heimfahrt in angetrunkenem Zustand), der Zweitschädiger habe aber die Vorfahrt grob missachtet, weshalb ihn gegenüber dem Fahrer 3/4 des Verschuldens träfen. Der Mitfahrer kann dann vom Zweitschädiger DM 45o verlangen; dieser kann Ausgleich nur soweit verlangen, als sie beide für die gleiche Quote haften, also für einen Schaden in Höhe von DM 3oo (denn nur in dieser Höhe haftet der Fahrer dem Mitfahrer). Sein Ausgleichsanspruch beträgt deshalb DM 15o (die Hälfte von DM 3oo). Der Mitfahrer bleibt mit DM 15o selbst belastet, während der Fahrer auch DM 15o und der Zweitschädiger DM 3oo bezahlen müssen.

1) BGH 3.2.54, BGHZ 12, 213; BGH 18.1.57, VersR 1957, 167.
2) MDR 1959, 746.
3) BGH, a.a.O., S.747.
4) BGH, a.a.O.

Kraftfahrer B und C den Radfahrer A gleichzeitig anfahren. Diese Schadensberechnung im Wege einer Gesamtabwägung wird den Schadensfällen mit mehr als zwei Beteiligten am besten gerecht. Denn es ist für den Radfahrer A wirklich ein Unterschied, ob er nur mit einem Autofahrer kollidiert und ihn dabei das halbe Verschulden trifft oder gleich noch mit einem weiteren Autofahrer, wobei ihn wiederum so viel Verschulden trifft wie jeden der beiden anderen. Die gemeinsame Beteiligung an der Schadensentstehung muss bei der Schadenstragung genügend berücksichtigt werden, was bei der bisher praktizierten Einzelabwägung nicht der Fall war.

Das beschriebene Verteilungssystem kann für die Schadensberechnung bei einem aus einer Gefälligkeitsfahrt mit Beteiligung eines Dritten resultierenden Unfall nutzbar gemacht werden und, um gleich einen Schritt weiterzugehen, auch für ungleiche Schadensquoten. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum diese als dem Einzelfall am ehesten gerecht werdende Schadensberechnungsart auf das vom Bundesgerichtshof gewählte Beispiel beschränkt bleiben soll.[1)]

Die Hauptschwierigkeit für die Schadensberechnung bei der Gefälligkeitsfahrt nach dem Gesamtabwägungsprinzip liegt darin, dass sich zwischen dem geschädigten Mitfahrer und dem Zweitschädiger kein Abwägungsverhältnis feststellen lässt; es kann nur gesagt werden - um ein Beispiel zu bilden - , der Mitfahrer habe die Gefahr der Gefälligkeitsfahrt zur Hälfte übernommen, der Zweitschädiger habe aber die Vorfahrt grob missachtet, weshalb ihn gegenüber dem Fahrer drei Viertel des Verschuldens träfen. Das Verhältnis Mitfahrer zu Fahrer wäre 1 : 1, das Verhältnis Fahrer zu Zweitschädiger 1 : 3, somit das Verhältnis Mitfahrer zu Fahrer zu Zweitschädiger gleich 1 : 1 : 3. Der Schaden betrage Dm 6oo. Der Mitfahrer könnte dann vom Fahrer DM 12o und vom Zweitschädiger Dm 36o beanspruchen, während er DM 12o selbst tragen müsste. Der Mitfahrer könnte aber von einem der beiden Gesamtschuldner (Fahrer und Zweitschädiger)

---

1) Es liegt vielmehr die Vermutung nahe, der BGH habe das Verhältnis 1 : 1 : 1 nur aus Gründen einer einfachen Berechnung gewählt.

nicht den ganzen ihm zustehenden Betrag von DM 48o,[1] sondern nur die jeweils dem Sonderabwägungsverhältnis entsprechende Summe verlangen; demzufolge könnte der Mitfahrer vom Fahrer bis zu DM 3oo,[2] vom Zweitschädiger bis zu DM 45o[3] fordern. Fahrer und Zweitschädiger müssten sich so ausgleichen, dass der Fahrer im Endergebnis DM 12o und der Zweitschädiger DM 36o zu bezahlen hätte.

Diese zwar etwas komplizierte, dafür aber gerechte Berechnungsweise passt für alle Fälle eines Unfalls bei einer Gefälligkeitsfahrt, an dem auch ein Dritter beteiligt war.

2. Kein Rückgriff auf Treu und Glauben

Abgesehen davon, dass auf die Generalklausel des § 242 BGB nicht zurückgegriffen werden muss, weil für das Handeln auf eigene Gefahr eine speziellere Norm zur Verfügung steht,[4] brächte die Anwendung des § 242 BGB grosse praktische Schwierigkeiten mit sich.

Zwar ist auch die Bestimmung des § 254 BGB eine weitgefasste partielle Generalklausel, die in vielen Hinsichten Anlass zur Diskussion gibt, aber sie enthält doch einige spezielle, grundlegende Regelungen, vor allem bezüglich der Abwägung und des Mitverschuldens. Demgegenüber müsste bei einer Anwendung des § 242 BGB dauernd mit allgemeinen Rechtsgedanken gearbeitet werden. Zu erwähnen sind hier die Entwicklung des Verbots des venire contra factum proprium, die Bedeutung der Geschäftsfähigkeit und alle für das Handeln auf eigene Gefahr notwendigen Einzelheiten. Folglich ist die Abwicklung des Handelns auf eigene Gefahr nach § 254 BGB der Lösung nach Treu und Glauben auch in praktischer Hinsicht weit überlegen.

---

1) Sein Mitverschuldensanteil beträgt nur 1/5, er kann also von Fahrer und Zweitschädiger zusammen 4/5 = DM 48o verlangen.
2) Das Abwägungsverhältnis zwischen Mitfahrer und Fahrer beträgt 1 : 1.
3) Das Abwägungsverhältnis zwischen Mitfahrer und Zweitschädiger beträgt 1 : 3.
4) Vgl. oben C III 2.

3. Schadensteilung als normales Ergebnis

Das Handeln auf eigene Gefahr ist keine von Rechtslehre und Rechtsprechung entwickelte rechtliche Sonderkonstruktion, sondern ein Anwendungsfall des § 254 BGB.[1] Eine Schadensabwägung nach § 254 BGB ergibt in allen Fällen des Handelns auf eigene Gefahr eine ausreichende und gerechte Lösung.[2] Es ist nicht so, wie bisher vielfach angenommen wurde, dass die Bestimmung des § 254 BGB für das Handeln auf eigene Gefahr nicht ausreicht.[3] Denn auf Grund von § 254 BGB kann selbst bei überwiegender Verursachung durch den Schädiger - beim Handeln auf eigene Gefahr anlässlich einer Gefälligkeitsfahrt der Regelfall[4] - eine völlige Freistellung des Fahrers das Ergebnis sein, wodurch den bisher von Rechtsprechung und Lehre an ein Handeln auf eigene Gefahr gestellten Anforderungen genügt wird. Dazu kommt noch, dass eine völlige Freistellung des Fahrers in den meisten Fällen eines Handelns auf eigene Gefahr gar nicht der Billigkeit entspricht. Dies wurde bis zum Urteil des Bun-

---

1) BGH 14.3.61, NJW 1961, 657; BGH 14.3.61, VersR 1961, 427; Böhmer, JZ 1961, 739 und MDR 1961, 661; Hauss, Anm. zu BGH 14.3.61 in LM § 254 (Da) Nr.11.
2) Vgl. oben D V und VI 1.
3) So schreibt Schneyer, S.23, ohne nähere Begründung: "Fest steht aber, dass selbst bei grosszügigem Gebrauch von dieser Bestimmung eine umfassende Lösung des Haftungsproblems bei der Gefälligkeitsfahrt nicht möglich ist." Löhlein, ZHR 1o2, 3o2, hält die Norm des § 254 für nicht ausreichend, da sie Verschulden voraussetze. Nach Bemmann, VersR 1958, 585, hebt das Handeln auf eigene Gefahr die Haftung des Schädigers insgesamt auf und geht deshalb über § 254 hinaus. Ausserdem gehen viele Autoren und Entscheidungen von der Vorstellung aus, eine Abwicklung nach § 254 bleibe hinter der Annahme eines Handelns auf eigene Gefahr zurück und komme deshalb nur hilfsweise in Betracht, vgl. etwa: von Boehmer, DAR 1957, 228; Geigel, Der Haftpflichtprozess, 1o.Kap., Rn.24; Palandt-Danckelmann, Anm.6 zu § 254; Wangemann, NJW 1955, 85 ff.; RG 1o.3.3o, DAR 193o, 136; BGH 29.1o.51, VRS 4, 88; BGH 25.9.52, BGHZ 7, 2o7; BGH 2.6.54, VersR 1954, 391; BGH 25.2.58, VersR 1958, 3o9; OLG Düsseldorf 5.4.56, VersR 1957, 343; OLG Hamm 22.12.5o, VRS 3, 325; OLG Hamm 24.11.1953, VersR 1954, 561; OLG Hamburg 17.4.56, VersR 1957, 344; OLG München 1o.3.59, VersR 1959, 915; OLG München 12.7.6o, VersR 196o, 11o2.
4) Vgl. oben D V 2.

desgerichtshofs vom 14.3.1961[1] nicht zugegeben, kam jedoch immer schon darin zum Ausdruck, dass sowohl das Reichsgericht als auch der Bundesgerichtshof ein Handeln auf eigene Gefahr, das damals stets zum völligen Haftungsausschluss geführt hätte, in aller Regel aus den verschiedensten Gründen, gewöhnlich aus Mangel an Gefährdungsbewusstsein auf seiten des Mitfahrers, ablehnten und die elastische Schadensverteilungsregel des § 254 BGB anwendeten.[2]

Nach Einordnung des Handelns auf eigene Gefahr in die Generalnorm des § 254 BGB können hinsichtlich der ganzen oder teilweisen Haftungsfreistellung des Schädigers keine festen Regeln mehr aufgestellt werden, vielmehr sind jeweils alle Umstände des Einzelfalles massgebend. Es können nur noch allgemeine Hinweise gegeben werden:

Die Tatsache, dass der Unfall gewöhnlich vorwiegend vom Fahrer verursacht wird,[3] spricht gegen eine völlige Haftungsfreistellung. Das Bewusstsein des Mitfahrers von der besonderen Gefährdung findet seinen Niederschlag hauptsächlich in der Berücksichtigung der bewussten Selbstgefährdung als besonderem Abwägungsumstand.[4] Es ist zwar ausserdem Bestandteil des Verschuldens des Mitfahrers; da die besondere Gefährdung aber auch erhöhte Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Fahrers mit sich bringt und dadurch bei sorglosem Verhalten dessen Verschulden erhöht,[5] hat das Gefährdungsbewusstsein des auf eigene Gefahr Handelnden seine Hauptbedeutung im Rahmen des Abwägungsumstandes der bewussten Selbstgefährdung, das heisst des Handelns auf eigene Gefahr.

Falls sich nicht nachweisen lässt, dass sich der Mitfahrer der besonderen Gefährdung bewusst war, er aber die besondere Gefahr hätte erkennen müssen oder sollen, so kommt die Abwä-

---

1) NJW 1961, 655.
2) Vgl. BGH, a.a.O., S.657; Stoll überprüfte dreissig Entscheidungen des RG und ~~siebzehn~~ des BGH; er fand darunter nur zwei RG- und ~~eine~~ BGH-Entscheidung (vom 9.1o.52, VersR 1952, 42o), die dem Einwand des Handelns auf eigene Gefahr stattgaben, Stoll, S.42/43.
3) Vgl. oben D V 2.
4) Vgl. oben D V 3 c.
5) Vgl. oben D V 2, S.69, Fn.4.

gung dadurch nicht, wie bisher, auf ein ganz anderes Geleise, sondern dies ist nur ein bei der Abwägung zu berücksichtigender Umstand: Es liegt dann zwar keine bewusste Selbstgefährdung mehr vor, wohl aber ein beträchtliches Mitverschulden des Mitfahrers.

Das Alter der Beteiligten, um noch einen Abwägungsumstand zu erwähnen, findet im Rahmen der Verschuldensabwägung Berücksichtigung: Mit dem Alter steigt die Vorwerfbarkeit eines unbedachten Handelns.

Schliesslich wird die Möglichkeit einer Haftungsfreistellung selbst durch eine grobe Nachlässigkeit des Fahrers nicht ausgeschlossen, wenn der Fahrgast in der vollen Erkenntnis dieser schweren Fahrlässigkeit mitfährt.[1)]

Demzufolge wird ein Handeln auf eigene Gefahr bei einer Gefälligkeitsfahrt in aller Regel zu einer Schadensteilung führen; dies ist gerecht, denn es darf nicht ausschliesslich auf die bewusste Selbstgefährdung abgestellt werden unter Ausseracht-lassung aller übrigen Umstände des Einzelfalles;[2)] dies ist auch realistisch in Anbetracht der langjährigen Gerichtspraxis.[3)] Es bleibt jedoch dabei, dass eine besonders eklatante, bewusste Selbstgefährdung zu einem völligen Haftungsausschluss führen kann.[4)]

Man darf dieser Lösung nicht vorwerfen, sie führe zu einer Rechtsunsicherheit.[5)] Diese Lösung über § 254 BGB führt zwar zu Billigkeitsentscheidungen, die aber auf einer sorgfältigen, in § 254 BGB vorgesehenen Abwägung beruhen müssen und nur deshalb fallgerecht sein können. "Die Anwendung des § 254 BGB ermöglicht stets eine allen Umständen des einzelnen Falles gerecht

---

1) So auch Hitzfeld, S.164; vgl. dagegen die herkömmliche Lösung, oben C II 5 und D VI 1 e, die ein Handeln auf eigene Gefahr nur bei leichter Fahrlässigkeit des Fahrers annahm, während jedoch bei Vorliegen einer besonderen Gefährdung in der Regel schwere Fahrlässigkeit vorliegen wird.
2) Vgl. BGH 14.3.61, NJW 1961, 658; BGH 14.3.61, VersR 1961, 427; Böhmer, MDR 1961, 661. - Vgl. auch Stoll, S.318: "Die Tatsache der freiwilligen Selbstgefährdung als solche rechtfertigt es aber nicht, dem Fahrgast jeglichen Schadensersatz abzusprechen."
3) Vgl. Stolls Untersuchung in Fn.2 auf S.83.
4) So besonders BGH 14.3.61, NJW 1961, 658.
5) So Flume, JZ 1961, 605.

werdende Entscheidung."[1] Ähnlich schreibt Stoll: "Dieser besondere Fall eines venire contra factum proprium wird aber von der Vorschrift des § 254 BGB ihrem Wortlaut und ihrem Zweck nach vollständig erfasst."[2]

---

1) Böhmer, MDR 1961, 661.
2) Stoll, S.315.

E. Haftungsausschluss bei Vorliegen besonderer Umstände

I. Besondere Gefahr - sonstige besondere Umstände

1. Allgemeines

Der Haftungsausschluss durch Handeln auf eigene Gefahr - bewusste Selbstgefährdung - kann über § 254 BGB abgewickelt werden, da bei einer Mitfahrt im fremden Kraftfahrzeug trotz Kenntnis einer besonderen Gefahr ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB vorliegt.[1] Die Mitfahrt bei Vorliegen anderer besonderer Umstände kann jedoch mangels Mitverschuldens nicht nach § 254 BGB beurteilt werden. Deshalb muss für die besonderen Situationen anlässlich einer Gefälligkeitsfahrt, die die betreffende Fahrt von einer gewöhnlichen Gefälligkeitsfahrt[2] unterscheiden und die deshalb einen Haftungsausschluss nahelegen, eine Lösung gefunden werden, die sich nicht auf § 254 BGB stützt.

2. Besondere Umstände

Besondere Umstände im Sinne dieser Ausführungen sind besondere Merkmale, die eine Gefälligkeitsfahrt von den gewöhnlichen Gefälligkeitsfahrten unterscheiden. Man kann besondere

---

1) Vgl. oben D IV 3; zum Begriff der besonderen Gefahr bzw. der besonders gefährlichen Gefälligkeitsfahrt vgl. oben B I.

2) Bei der, wegen § 8a StVG, grundsätzlich voll gehaftet wird, vgl. oben B, insbesondere B III 6 und 7 und Fn.4 auf S.14.

Umstände objektiver und personeller Art unterscheiden.[1] Die besondere Gefährlichkeit ist ein besonderer Umstand objektiver Art. Ein weiterer besonderer Umstand objektiver Art ist ein Handeln-auf-eigene-Gefahr-Schild im Kraftfahrzeug. Bei den besonderen Umständen personeller Art ist an Beziehungsverhältnisse zwischen Fahrer und Mitfahrer zu denken, wie Verwandtschaft, Ehe, Liebesverhältnis, Freundschaft, Sportkameradschaft, nahe Bekanntschaft, geschäftliche Bekanntschaft, verbrecherische Beziehungen und sonstige besondere Beziehungen zwischen Fahrer und Mitfahrer: Durchführung der Fahrt im ausschliesslichen Interesse eines der beiden oder reine Vergnügungsfahrt für beide.

Im Falle einer besonderen Gefährlichkeit einer Gefälligkeitsfahrt - einem besonderen Umstand objektiver Art - kann eine Haftungsbeschränkung durch ein Handeln auf eigene Gefahr nach § 254 BGB (bewusste Selbstgefährdung) bewirkt werden.[2] Es ist noch zu untersuchen, wie und inwieweit die anderen, oben aufgezählten besonderen Umstände die Haftung des Fahrers für eine schuldhaft verursachte Schädigung seines Fahrgastes beschränken können.

II. Eheliche Lebensgemeinschaft

Eine Gefälligkeitsfahrt von Ehegatten ist eine besondere Gefälligkeitsfahrt; das zwischen Fahrer und Mitfahrer bestehende eheliche Verhältnis ist ein besonderer Umstand.

Vor der Untersuchung, ob dieser Umstand zur Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts berechtigt, muss geprüft werden, ob nicht schon die Bestimmung des § 1359 BGB geeignet ist, die Haftung des fahrenden Ehepartners zu reduzieren. § 1359 BGB enthält den allgemeinen Rechtsgedanken, das eheliche Zusammenleben solle nicht durch Ansprüche gestört werden,

---

1) Wussow, Rn.1422; diese Unterscheidung hat keine praktische Bedeutung.
2) Vgl. oben D IV 3.

die sich aus kleinen Unachtsamkeiten der Partner ergeben, soweit diese Unachtsamkeiten eheliche Verpflichtungen betreffen. Die Pflicht eines Ehepartners zur ordnungsgemässen Beförderung ergibt sich ausser aus seiner Stellung als Verkehrsteilnehmer auch aus seinem ehelichen Verhältnis.[1] Da nun § 1359 BGB seiner Zweckbestimmung nach nicht nur Verpflichtungen betrifft, die ausschliesslich auf dem ehelichen Gemeinschaftsverhältnis, sondern auch auf von diesem Gemeinschaftsverhältnis unabhängigen Rechtsgrundlagen beruhen, sind die §§ 1359, 277 BGB für die sich aus einer Gefälligkeitsfahrt ergebenden Verpflichtungen massgebend.[2] Demzufolge hat der etwa seine Ehefrau verletzende Fahrer nach der Bestimmung des § 277 BGB nur für die Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt; die Haftung ist der Individualität des Fahrers angepasst. Das bedeutet, dass ein Ehepartner dem von ihm verletzten Gatten nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, wenn er nachweisen kann, dass er in eigener Angelegenheit nicht vorsichtiger gewesen wäre als in dem Schadensfall.[3]

Es kommt stets auf den Einzelfall an. Die Beweislast trifft den Fahrer als Handelnden. Der Beweis wird dem Fahrer in der Regel schon deshalb gelingen, weil er dadurch, dass er an der Unfallfahrt teilgenommen hat, gezeigt hat, dass er in eigener Angelegenheit keine höhere Sorgfalt anzuwenden pflegt.[4] Dieser Gedanke liegt auch der Bemerkung des Bundesgerichtshofs, "es bestehe kein Anhaltspunkt dafür, dass er sonst und allein weniger fahrlässig gefahren wäre",[5] zugrunde. Böhmer, der sich

---

1) OLG Hamburg 8.7.58, VersR 1958, 809 (810); Weimar, MDR 1959, 177.
2) So auch OLG Hamburg 8.7.58, VersR 1958, 810; OLG Stuttgart 3.4.58, VersR 1958, 891; Weimar, MDR 1959, 177; OLG Düsseldorf 13.1.59, VersR 1959, 568 (Hilfserwägung); OLG Naumburg 29.3.38, JW 1938, 2355 (Hilfserwägung); der BGH lässt die Frage ausdrücklich offen, vgl. BGH 14.11.58, VersR 1959, 231 (232) und BGH 27.6.61, NJW 1961, 1966 (1967); ablehnend Böhmer, MDR 1959, 816, mit der Begründung, § 1359 beziehe sich nur auf diejenigen Verpflichtungen, welche unmittelbare Folge des ehelichen Verhältnisses seien.
3) Vgl. Palandt-Danckelmann, Anm.3 zu § 277; Soergel-Schmidt, Rn.7 zu § 277; Böhmer, MDR 1961, 651 und VersR 1961, 393 (394).
4) So auch OLG Hamburg 8.7.58, VersR 1958, 810.
5) BGH 17.5.60, VersR 1960, 804.

gegen eine solche pauschale Behandlung des Beweisproblems wendet,[1] ist zuzugeben, dass es stets auf den Einzelfall ankommt; es dürfen aber keine zu strengen Anforderungen an den Beweis gestellt werden, damit nicht etwa ein Schädiger bei seinem ersten Unfall der Normalhaftung unterstellt werden muss und ihm erst bei Wiederholung Haftungserleichterung nach § 277 BGB gewährt werden kann; das könnte wirklich "nicht der Sinn des § 1359 BGB sein".[2]

III. Der stillschweigende Haftungsverzicht

1. Allgemeines

Der stillschweigende Haftungsverzicht war in seinem traditionellen Gewande fast den gleichen Bedenken ausgesetzt wie das Handeln auf eigene Gefahr im herkömmlichen Sinne.[3] Durch die Neugestaltung der bewussten Selbstgefährdung wurde auch der Weg für eine Neuorientierung des stillschweigenden Haftungsverzichts geebnet.

Der stillschweigende Haftungsverzicht ist neben dem Handeln auf eigene Gefahr nicht überflüssig. Darauf ist schon aus der Tatsache zu schliessen, dass der Begriff des stillschweigenden Haftungsverzichts die Jahrzehnte überdauerte, in denen kein praktischer Unterschied zum Handeln auf eigene Gefahr bestand.[4] Vor allem aber ist der stillschweigende Haftungsverzicht deshalb nicht überflüssig, weil das Handeln auf eigene Gefahr als bewusste Selbstgefährdung nur bei Vorliegen einer besonderen Gefahr eine Lösung der Haftungsfrage bei der Gefälligkeitsfahrt bringen kann, nicht jedoch bei Vorliegen sonstiger ungewöhnlicher Umstände.[5]

Der stillschweigende Haftungsverzicht wird durch die Neu-

---

1) Böhmer, MDR 1961, 651 und VersR 1961, 394.
2) OLG Hamburg 8.7.58, VersR 1958, 810.
3) Vgl. oben C II.
4) Vgl. oben C II 1.
5) Vgl. oben E I 1 und D IV 3.

orientierung des Handelns auf eigene Gefahr nicht unmittelbar berührt, auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.3.1961[1] erwähnt den stillschweigenden Haftungsverzicht mit keinem Wort; die Überwindung der starren Voraussetzungen für das Handeln auf eigene Gefahr, die sich mit den Voraussetzungen für die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts weitgehend deckten, legt jedoch eine Überprüfung der Voraussetzungen des stillschweigenden Haftungsverzichts in besonderem Masse nahe.[2]

Es ist notwendig, bei der Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts so vorzugehen wie bei der Annahme eines beliebigen anderen stillschweigenden Vertrages, das heisst, es ist notwendig, sich in jedem Einzelfall an dem konkreten Verhalten der Beteiligten zu orientieren. Die für den stillschweigenden Haftungsverzicht als Vertrag notwendigen Willenserklärungen können nicht nach einem starren Schema bejaht oder verneint werden; so ist zum Beispiel die schablonenhafte, in den meisten Entscheidungen enthaltene Floskel, das Bewusstsein der Gefährdung sei stets Voraussetzung für einen stillschweigenden Haftungsverzicht,[3] ungeeignet für eine am Einzelfall orientierte Prüfung der Frage, ob Fahrer und Fahrgast konkludent Willenserklärungen abgegeben haben. Vielmehr ist ohne zu enge Bindung an die traditionelle Rechtsprechung, die den stillschweigenden Haftungsverzicht zumeist mit dem in der hergebrachten Form unbrauchbaren Handeln auf eigene Gefahr (Einwilligungstheorie) koppelte, ganz vom Einzelfall auszugehen.

Es muss noch klargestellt werden, dass die Tatsache des Nichtvorliegens eines Beförderungsvertrages bei einer Gefälligkeitsfahrt[4] die Annahme eines einen Haftungsausschluss bezweckenden stillschweigenden Vertrages nicht ausschliesst;[5] ein

---

1) NJW 1961, 655.
2) So halten Böhmer, JZ 1961, 739 und OLG Saarbrücken 5.5.61, VersR 1961, 928, einen stillschweigenden Haftungsverzicht auch nach dem Urteil des BGH vom 14.3.61, a.a.O., für möglich.
3) So sagt BGH 23.5.55, VRS 9, 94, 2.Leitsatz: "Das Bewusstsein der Gefährdung ist stets Voraussetzung eines stillschweigenden Haftungsverzichts oder eines Handelns auf eigene Gefahr"; vgl. auch oben C I 2 a, Fn.7 auf S.19.
4) Vgl. oben A II 2.
5) Gegen Enneccerus-Lehmann, § 231 II und BGH 29.1o.51, VRS 4, 88.

stillschweigender Haftungsverzicht ist von der Auslegung im Einzelfall abhängig und kann, wie auch ein ausdrücklicher Haftungsverzichtsvertrag, bei einer Gefälligkeitsfahrt jederzeit vorliegen.[1)]

2. Besondere, bei der Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts zu beachtende Umstände

a) Allgemeines

Da bei Vorliegen einer besonderen Gefährdung die Bestimmung des § 254 BGB eine ausreichende Regelung enthält, insoweit also kein Bedürfnis für eine andere Lösungsmöglichkeit besteht, kommen als Ausgangspunkte für die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts durch Auslegung in erster Linie andere besondere Umstände in Betracht. Stets müssen diese Umstände solche sein, die die betreffende Gefälligkeitsfahrt von einer gewöhnlichen unterscheiden: Es muss die Möglichkeit gegeben sein, das Verhalten von Fahrer und Fahrgast im Sinne von Willenserklärungen, die einen Haftungsverzicht bezwecken, auszulegen; diese Möglichkeit ist bei einer gewöhnlichen Gefälligkeitsfahrt, bei der grundsätzlich voll gehaftet wird, nicht gegeben.[2)]

b) Das Handeln-auf-eigene-Gefahr-Schild als objektiver Umstand

Das Vorhandensein eines Schildes im Wagen mit der Aufschrift "Mitfahrt auf eigene Gefahr" (oder so ähnlich) ist ein besonderer Umstand objektiver Art. Ein solches Handeln-auf-eigene-Gefahr-Schild kann zur Auslegung des Verhaltens von Fahrer und Fahrgast herangezogen werden, aus seinem blossen Vorhandensein kann aber nicht automatisch auf einen stillschweigenden Haftungsverzicht geschlossen werden.[3)] Bei der Auslegung ist zu

---

1) Vgl. oben C I 2 a, Fn.1 auf S.19.
2) Vgl. oben B III, insbesondere Nr.6 und 7.
3) A.A. Groebe, JW 1936, 1581; Gülde, JW 1936, 1584; Wussow, Rn.142o, der seine Ansicht, die Handeln-auf-eigene-Gefahr-Schilder führten einen Ausschluss der Haftung für leichte

berücksichtigen, dass die Bedeutung des Schildes für Laien nicht ohne weiteres klar ist,[1] dass der Fahrgast, nachdem ihm die Mitfahrt vorbehaltslos gestattet wurde, das Schild nicht auf sich beziehen muss,[2] und schliesslich, dass er es meist erst nach Antritt der Fahrt lesen wird.[3] In letzterem Falle kann die notwendige Zustimmungserklärung[4] des Fahrgastes (die u.U. in dem Unterlassen eines Widerspruches liegen kann) zu dem im Schild enthaltenen Angebot zu einem Haftungsverzichtsvertrag dann nicht angenommen werden, wenn seine Entscheidungsfreiheit durch den tatsächlichen Fahrtantritt vermindert wurde, wenn ihm z.B. das Aussteigen auf freier Strecke nicht zugemutet werden kann.

Allgemein kann mit Fischer nur gesagt werden, das Handeln-auf-eigene-Gefahr-Schild wirft das prozessuale Problem auf, ob der Fahrgast es gelesen hat.[5] Die Antwort muss dem Einzelfall überlassen werden, wie auch die Antwort auf die Frage, ob der Gast konkludent zugestimmt hat. Beispielsweise werden beide Fragen zu bejahen sein bei ausdrücklichem Hinweis auf das Schild vor Antritt der Fahrt, während wohl beide Fragen verneint werden müssen, ein stillschweigender Haftungsverzicht also abgelehnt werden muss, wenn der Fahrgast das Schild erst irgendwo auf freier Strecke gelesen hat, er also nicht mehr ohne weiteres aussteigen kann und aus seinem Verbleiben im Wagen folglich nicht auf sein Einverständnis zum Haftungsverzichtsvertrag geschlossen werden kann.

c) Personelle Umstände

Besondere personelle Umstände standen bis jetzt bei der Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts meist im Hinter-

---

Fahrlässigkeit herbei, damit begründet, dass diese Schilder andernfalls sinnwidrig wären!

1) Vgl. Krückmann, JW 1932, 369o.
2) Vgl. RG 22.11.34, RGZ 145, 395: "Ist dem Fahrgast aber vorher keine Mitteilung über den Haftungsausschluss gemacht worden, so wird er regelmässig nicht annehmen können, dass der Inhalt des Schildes als eine ihm gegenüber abgegebene Willenserklärung des Halters gelten soll."
3) Vgl. von Boehmer, DAR 1957, 228.
4) Siehe dazu Goltermann, VRS 1, 176.
5) So Fischer, S.42.

grund, vor allem weil in der Regel streng schematisch auf eine besondere Gefährdung abgestellt wurde.[1] Praktisch wird sich daran nicht sehr viel ändern, da diese besonderen Umstände nur in Ausnahmefällen auf den Abschluss eines stillschweigenden Haftungsverzichts schliessen lassen; so entschloss sich die Rechtsprechung nur selten für die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts, ohne gleichzeitig ein Handeln auf eigene Gefahr zu konstruieren.

Das Oberlandesgericht Nürnberg kam in seiner Entscheidung vom 26.5.1955[2] zu einem stillschweigenden Haftungsverzicht in einem Fall, in dem die Gefälligkeit des Fahrers darin bestand, dass er die Fahrt überhaupt unternahm; die Fahrt fand im ausschliesslichen Interesse des Mitfahrers statt, der Fahrer war in keiner Weise daran interessiert.

Ein anderes Mal wurde ein stillschweigender Haftungsverzicht vom Oberlandesgericht Köln in der Entscheidung vom 13.1o.1938[3] für den Fall angenommen, dass Geschwister bei einer Gefälligkeitsfahrt verunglückten. Beiden Entscheidungen ist gemeinsam, dass die gesetzliche Haftpflichtversicherung für den Schaden nicht aufkam, und zwar in einem Fall, weil der Fahrer ein fremdes Motorrad benützte, im anderen, weil es sich um Geschwister handelte.[4]

Der Bundesgerichtshof deutete in seinen beiden Entscheidungen vom 24.9.1957[5] und in seiner Entscheidung vom 13.6.1961[6] an, es komme wesentlich darauf an, in wessen Interesse die Gefälligkeitsfahrt erfolge. In dieser Richtung liegt auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 12.7.196o,[7] gegen

---

1) Vgl. oben E III 1, Fn.3 auf S.9o und Fn.7 auf S.19.
2) VersR 1955, 557.
3) DAR 1939, 62; diese Entscheidung wurde durch eine etwas jüngere Entscheidung des gleichen Gerichts abgeschwächt, vgl. OLG Köln 5.1o.39, DJ 1939, 1875; dort wird ausgeführt, bei einem so schweren Unfall (die Beifahrerin verlor beide Beine) sei ein voller Haftungsverzicht unnatürlich.
4) Zur Bedeutung der Haftpflichtversicherung bei der Konstruktion eines stillschweigenden Haftungsverzichts siehe unten E III 2 d.
5) VersR 1957, 718 und 733; in beiden Fällen lag die Fahrt nicht ausschliesslich im Interesse des Fahrgastes.
6) VersR 1961, 846.
7) VersR 196o, 11o2.

einen stillschweigenden Haftungsverzicht spreche die Tatsache, dass der Fahrer die Mitfahrt des anderen selbst gewünscht habe.

Einen stillschweigenden Haftungsverzicht bejahten das Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 13.1.1959[1] und früher schon das Oberlandesgericht Naumburg in seiner Entscheidung vom 29.3.1938,[2] beide mit der Begründung, unter Ehegatten gelte im allgemeinen ein Haftungsverzicht als stillschweigend vereinbart. Die praktische Bedeutung dieser beiden Entscheidungen ist gering, da ein stillschweigender Haftungsverzicht nur selten über die Haftungsbeschränkung der §§ 1359, 277 BGB hinausgehen wird.[3]

Ein stillschweigender Haftungsverzicht liesse sich für eine Fahrt zweier Diebe in einem gestohlenen Auto annehmen; die persönlichen kriminellen Beziehungen der beiden sind sehr eng, und ausserdem zahlt die Haftpflichtversicherung nicht für Schäden, die anlässlich einer Schwarzfahrt verursacht werden;[4] es kommt allerdings darauf an, ob die beiden das gewusst haben. Die Andeutungen in Rechtsprechung und Literatur sind im übrigen spärlich. Gelegentlich wird darauf hingewiesen, dass persönliche Bindungen,[5] Verwandtschaft,[6] Freundschaft und nahe Bekanntschaft,[7] gesellschaftliche und sportkameradschaftliche Verbindung,[8] geschäftliche Bekanntschaft[9] und der Charakter der Fahrt als Vergnügungsfahrt[10] für die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts zwar von Bedeutung seien, aber kaum für sich allein und nie ohne genaue Prüfung des Einzelfalles zu einem stillschweigenden Haftungsverzicht führen könnten;[11] in einem

---

1) VersR 1959, 568.
2) JW 1938, 2355.
3) Siehe unten E III 3 c.
4) Siehe unten E III 2 d, Fn.5 auf S.96.
5) Carl, JW 1938, 2356.
6) von Boehmer, DAR 1957, 228; BGH 26.1o.56, VersR 1956, 799; OLG Naumburg 29.3.38, JW 1938, 2355.
7) BGH 24.9.57, VersR 1957, 718; BGH 24.9.57, VersR 1957, 733; OLG Naumburg 29.3.38, JW 1938, 2355; von Boehmer, DAR 1957, 228.
8) BGH 16.12.58, VersR 1959, 386.
9) BGH 24.9.57, VersR 1957, 733.
10) BGH 26.1o.56, VersR 1956, 799.
11) Auch Weimar, MDR 196o, 1o1, hält einen stillschweigenden Haftungsverzicht bei Vorliegen eines Ehe-, Verlobungs- oder Verwandtschaftsverhältnisses nur für möglich, nicht für stets gegeben.

Fall zog der Bundesgerichtshof sogar die Tatsache, dass der Fahrer nur ein sehr beschränktes Einkommen hatte, zur Auslegung heran.[1)]

d) Bestehen einer Haftpflichtversicherung

Die aufgezählten Umstände sind Anhaltspunkte, die jeweils nur in bescheidenem Ausmass auf das Vorliegen eines stillschweigenden Haftungsverzichts hindeuten. Damit verglichen, ist das Bestehen einer Versicherung des Fahrers gegen Unfallschäden ein starkes, allerdings gegen den Abschluss eines stillschweigenden Haftungsverzichts, sprechendes Indiz.

Schon das Reichsgericht hatte erkannt, dass eine vom Fahrer abgeschlossene Versicherung gegen Schadensersatzansprüche aus eventuellen Unfällen die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts wesentlich erschwert.[2)] Inzwischen, vor allem seit Einführung der Pflichtversicherung im Jahre 1938, steht die ganz überwiegende Meinung auf dem Standpunkt, das Bestehen einer Haftpflichtversicherung halte die Beteiligten generell von der Vereinbarung eines stillschweigenden Haftungsverzichts ab.[3)] Dieser Ansicht ist zuzustimmen, und zwar auch für Fälle, in denen Fahrer und Mitfahrer gar nicht an die Versicherung gedacht haben, denn bei Annahme von konkludenten Willenserklärungen sind alle Umstände zu beachten; massgebend ist eine Beurteilung dergestalt, dass untersucht wird, was die Beteiligten für den Fall eines vorausbedachten Unfalles gewollt hätten.[4)]

---

1) BGH 29.1o.57, VersR 1958, 176.
2) Vgl. RG 12.3.o8, WarnRspr. 19o8 Nr.353, S.26o, wo ausgeführt wird, in der Beibehaltung der gesetzlichen Haftung liege kein Verstoss gegen § 138 BGB; vgl. weiter RG 28.5.34, JW 1934, 2o34, wo gesagt wird, in der Unterlassung eines Haftungsausschlusses liege zwar ein Widerspruch zum Rechtsempfinden redlich denkender Menschen, es komme aber nur auf den Willen der Kontrahenten an; vgl. auch RG 21.6.38, VAE 6, 341.
3) OLG Köln 13.1o.38, DAR 1939, 62; OLG Nürnberg 26.5.55, VersR 1955, 557; OLG Saarbrücken 5.5.61, VersR 1961, 928; OLG Stuttgart 2o.2.6o, VersR 1961, 384; Böhmer, DAR 1951, 21; JZ 1961, 739; MDR 1961, 21; MDR 1962, 174; von Boehmer, DAR 1957, 228; Carl, JW 1935, 1461; Gülde, JW 1936, 1584; Müller, Anm. A I b 6 b[1] zu § 8a StVG, S.298; Weimar, VP 1953, 39 und MDR 196o, 1o1; BGH siehe unten.
4) So besonders Weimar, MDR 196o, 1o1; vgl. unten E IV 2 a, Fn.1 auf S.1o7.

Der Bundesgerichtshof liess die Frage des Einflusses der Haftpflichtversicherung auf den Abschluss eines stillschweigenden Haftungsverzichts zunächst offen;[1] jetzt geht er auch davon aus, dass diese Tatsache gegen einen stillschweigenden Haftungsverzicht spricht.[2]

Das Zustandekommen eines stillschweigenden Haftungsverzichts kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, es widerspreche dem Rechtsempfinden billig und gerecht Denkender, sich bei einer Weinreise für den Fall eines Schadens auf den Eintritt der Versicherungsgesellschaft zu verlassen, und deshalb müsse der Wille des Mitfahrers auf einen Haftungsverzicht gerichtet sein.[3] Denn heute ist der Versicherungsschutz für alle möglichen Fälle an der Tagesordnung, und niemand findet etwas dabei, sich darauf zu verlassen. Somit kann das Verhalten des Mitfahrers in Anbetracht einer bestehenden Haftpflichtversicherung nicht als Angebot zu einem Haftungsverzicht ausgelegt werden.[4]

Wenn nun das Bestehen einer Haftpflichtversicherung generell gegen die Vereinbarung eines stillschweigenden Haftungsverzichts spricht, so kann andererseits aus dem Fehlen eines Versicherungsschutzes nicht in gleichem Masse auf das Zustandekommen eines Haftungsverzichtsvertrags geschlossen werden. Zwar indiziert bei einer Schwarzfahrt das Fehlen eines Versicherungsschutzes[5] einen stillschweigenden Haftungsverzicht; daraus darf jedoch keine Regel abgeleitet werden. So kann beispielsweise nicht von vornherein vermutet werden, dass im Falle der Gefälligkeitsfahrt mit einer Person, der der Fahrer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung Unterhalt gewährt und für die deshalb

---

1) BGH 17.5.51, NJW 1951, 916; BGH 9.1o.52, VersR 1952, 421.
2) BGH 24.9.57, VersR 1957, 718; BGH 21.1o.58, VersR 1958, 851; BGH 16.12.58, VersR 1959, 386; BGH 14.3.61, VersR 1961, 427; BGH 28.3.61, VRS 2o, 4o1; BGH 21.11.61, VersR 1962, 253.
3) So OLG Freiburg 4.5.51, VersR 1952, 2o7.
4) Gegen Freiburg, a.a.O., und Geigel, Der Haftpflichtprozess, 1o.Kap., Rn.33; Hitzfeld, S.111 und OLG Karlsruhe 14.7.54, VRS 7, 17o, wenden sich im wesentlichen nur gegen den Einfluss einer Haftpflichtversicherung auf ein Handeln auf eigene Gefahr.
5) § 2 (2) b Satz 2 AKB: "Der Versicherer ist von der Verpflichtung zur Leistung frei, ... wenn ein unberechtigter Fahrer das Fahrzeug geführt hat."

die Versicherung ebenfalls nichts bezahlt,[1] ein Haftungsverzicht zustande kam. Böhmer schreibt ganz richtig bezüglich des stillschweigenden Haftungsverzichts: "er kann in concreto bei einer harmonischen Ehe dem Wesen des ehelichen Verhältnisses entsprechen, doch muss dies durchaus nicht immer der Fall sein, es kommt eben auf die Ehe an."[2]

Bekanntlich zahlt die Haftpflichtversicherung nur innerhalb bestimmter Höchstgrenzen. Es liegt nun der Gedanke nahe, einen stillschweigenden Haftungsverzicht bei Vorliegen ausreichender Anhaltspunkte dergestalt anzunehmen, dass der Verzicht auf das nicht durch die Versicherung gedeckte Risiko beschränkt wird. Es ist durchaus denkbar, dass zum Beispiel zwei abwechselnd fahrende Freunde auf die eventuell entstehenden gegenseitigen Ansprüche verzichten wollten, aber nicht zugunsten der Haftpflichtversicherung. Ob ein solcher beschränkter stillschweigender Haftungsverzicht angenommen werden kann, ist nur eine Frage der Auslegung, nicht der rechtlichen Möglichkeiten. Sittenwidrig ist ein solcher beschränkter stillschweigender Haftungsverzicht nicht, denn es steht den Beteiligten durchaus frei, es bei der gesetzlichen Haftungsreglung zu belassen; sie sind nicht etwa zu einem Haftungsverzicht verpflichtet. Und die Versicherungsgesellschaft wird durch einen beschränkten Haftungsverzicht nicht schlechter gestellt, als sie ohne Haftungsverzicht stehen würde.[3]

---

1) § 11 Ziff.4 AKB: Ausgeschlossen von der Versicherung sind "Haftpflichtansprüche aus Schadensfällen von Angehörigen des Versicherungsnehmers, denen er auf Grund gesetzlicher Verpflichtung zur Zeit des Versicherungsfalles Unterhalt gewährt."
2) Böhmer, MDR 1959, 816.
3) Vgl. OLG Stuttgart 2o.2.6o, VersR 1961, 384: "Es ist nicht sittenwidrig, in einem bestimmten Fall ... demjenigen, der einen aus Gefälligkeit mitnimmt, nur insoweit die Haftung zu erlassen, als sein Risiko nicht durch eine Versicherung gedeckt ist."

3. Die Annahme des stillschweigenden Haftungsverzichts im übrigen

a) Der stillschweigende Haftungsverzicht als gewöhnlicher konkludenter Vertrag

Die aufgezeigte Verschiedenheit und Differenziertheit all der für die Auslegung des beiderseitigen Verhaltens zu beachtenden Umstände macht die Bereitstellung eines Schemas für die Frage, wann ein stillschweigender Haftungsverzicht angenommen werden kann, unmöglich. Ein solches Schema, wie es in der herkömmlichen Theorie über den Haftungsausschluss bestanden hat, ist auch nicht wünschenswert, denn es behindert die sachgerechte Lösung der Einzelfälle.

Wie bei jedem konkludenten Vertrag muss von dem Gesamtverhalten beider Parteien ausgegangen werden; dabei müssen alle Umstände gewürdigt werden, unter besonderer Berücksichtigung der oben bei E III 2 behandelten.

Die bisherige Hauptvoraussetzung für die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts, das Gefährdungsbewusstsein des Mitfahrers, hat keine Indizwirkung des Inhalts mehr, dass sein Vorhandensein auf die Vereinbarung eines stillschweigenden Haftungsverzichts hindeutet. Das Gefährdungsbewusstsein wird in der Regel aus zwei Gründen bei der Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts keine Rolle spielen: In Fällen einer besonders gefährlichen Gefälligkeitsfahrt lässt sich das Haftungsproblem sachgerecht und ausreichend über § 254 BGB lösen;[1] ausserdem berechtigt das Wissen des Fahrgastes nicht, darauf zu schliessen, er wolle auf die Haftung für einen aus dieser Gefahr resultierenden Unfall verzichten. Eine solche Unterstellung wäre, wie oben bei der Darstellung der herkömmlichen Lösung für den Haftungsausschluss bei der Gefälligkeitsfahrt gezeigt wurde,[2] eine reine Fiktion. Im Gegensatz dazu muss es aber keine Fiktion sein, im Falle einer besonderen persönlichen Bindung zwischen Mitfahrer und Fahrer oder eines

---

1) Vgl. oben D IV 3; zum Begriff der besonders gefährlichen Gefälligkeitsfahrt vgl. oben B I.
2) Vgl. oben C II 2 a.

rechtzeitig gelesenen Handeln-auf-eigene-Gefahr-Schildes eine entsprechende Willenserklärung des Mitfahrers anzunehmen. Denn es ist sehr wohl möglich, dass der Fahrgast konkludent zu erkennen gibt, er wolle gegen seinen nahen Bekannten keine Schadensersatzansprüche geltend machen beziehungsweise er sei mit dem im Handeln-auf-eigene-Gefahr-Schild vorgeschlagenen Haftungsausschluss einverstanden, während er bei Vorliegen einer besonderen Gefahr wohl stets hofft, die Gefahr werde sich nicht verwirklichen.

Damit soll nicht gesagt werden, bei Vorliegen einer besonderen Gefährdung komme ein stillschweigender Haftungsverzicht nicht in Frage, sondern nur, in einem solchen Falle ist eine freiwillige Gefahrübernahme wahrscheinlicher. Bei der Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts könnte das Gefährdungsbewusstsein nur ein im Rahmen des Gesamtverhaltens der Beteiligten zu berücksichtigender Umstand sein.

Mit der Nichtanerkennung des Gefährdungsbewusstseins als eines einen stillschweigenden Haftungsverzicht indizierenden Merkmals ist das Hauptbedenken gegen den Haftungsverzicht im Sinne der herkömmlichen Theorie[1] beseitigt. Der stillschweigende Haftungsverzicht im Sinne der vorliegenden Arbeit ist ein gewöhnlicher konkludenter Vertrag, der nicht von typischen Umständen abhängt.

b) Geschäftsfähigkeit und Sittenwidrigkeit

Als gewöhnlicher konkludenter Vertrag untersteht der stillschweigende Haftungsverzicht den allgemeinen Regeln über Geschäftsfähigkeit und Sittenwidrigkeit in vollem Umfange. Daraus folgt, dass der Mitfahrer voll geschäftsfähig sein muss,[2] bei dem Fahrer dagegen beschränkte Geschäftsfähigkeit genügt, da letzterer durch die Vereinbarung eines stillschweigenden Haftungsverzichts lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt.[3]

Ein stillschweigender Haftungsverzicht verstösst gewöhnlich nicht gegen die guten Sitten, denn es wird nicht, wie beim

---

1) Vgl. oben C II 2 a, b und 4.
2) §§ 105-107 BGB.
3) § 107 BGB.

Handeln auf eigene Gefahr nach der Einwilligungstheorie, in eine Körperverletzung eingewilligt,[1] sondern es wird nur im voraus auf Schadensersatzansprüche verzichtet. Ein solcher Verzicht verstösst unter normalen Umständen, besonders unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Fahrt auf einer Gefälligkeit des Fahrers beruht, nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.

Im Einzelfall kann natürlich, wie bei jedem anderen Vertrag, eine Sittenwidrigkeit vorliegen.[2]

c) Ausmass des Haftungsausschlusses

Auch das Problem des Ausmasses des ausgeschlossenen Verschuldens lässt sich befriedigend lösen, wenn man von den herkömmlichen starren Voraussetzungen für die Bejahung des stillschweigenden Haftungsverzichts abgeht. Die herkömmliche Theorie verlangte einerseits als Voraussetzung für die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts ein besonderes Gefährdungsbewusstsein, andererseits nahm sie aber nur einen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit an; dies war ein Widerspruch, weil die besondere Gefährdung regelmässig ein darüber hinausgehendes Mass von Fahrlässigkeit des Fahrers indiziert.[3] Bei der Behandlung des stillschweigenden Haftungsverzichts als untypischem stillschweigendem Vertrag lässt sich dagegen zwanglos die Vorstellung berücksichtigen, der Mitfahrer wolle in der Regel nur auf die Haftung für leichte Fahrlässigkeit verzichten. So lässt sich ohne logische Schwierigkeiten das wünschenswerte Ergebnis erreichen, dass der Fahrgast bei Vorliegen besonderer Umstände[4] auf eine Haftung für Schäden, die aus kleinen Unachtsamkeiten resultieren, verzichtet. Wünschenswert ist dieses Er-

---

1) Vgl. oben B II 2 c.
2) So beschreibt RG 13.5.39, DR 1939, 1318, einen Fall der Sittenwidrigkeit: Ein Haftungsverzichtsvertrag wurde nur für den Fall abgeschlossen, dass ein Dritter aus dem etwaigen Unfall haftpflichtig sein sollte. Sittenwidrigkeit liegt eventuell auch vor bei Verzicht in der Absicht, die Hinterbliebenen ohne Unterhalt zu lassen, vgl. Geigel, JZ 1951, 590 - ein sehr theoretischer Fall.
3) Ausführliche Darstellung oben bei C II 5.
4) Vgl. dazu oben E I 2.

gebnis deshalb, weil, von ganz besonderen Ausnahmefällen abgesehen, beim Mitfahrer nur der Wille, auf Haftung für leichte Fahrlässigkeit zu verzichten, vorhanden sein wird.[1)]

Mit der Frage, bis zu welchem Verschulden die Haftung ausgeschlossen sein soll, hängt die andere, oben schon angeschnittene Frage,[2)] für welche Schadenssummen der Ausschluss gelten soll, eng zusammen. Da heute jedermann mit der Haftpflichtversicherung rechnet, wird in der Regel der Wille von Fahrer und Mitfahrer so zu interpretieren sein, dass nur die Haftung für den über die Versicherungssummen hinausgehenden Schaden ausgeschlossen werden soll.

d) Anwendbarkeit des § 846 BGB

Wie vom Reichsgericht schon früh erkannt,[3)] ist § 846 BGB auf Haftungsausschlussverträge entsprechend anzuwenden. Die mittelbar Geschädigten müssen sich alle Einwendungen aus dem Verhalten des Verletzten entgegenhalten lassen, denn das Handeln des Verletzten ist ein notwendiges Glied in der Kausalkette zwischen dem Anspruch der mittelbar Geschädigten und dem Schädiger, obwohl die Ansprüche der §§ 844, 845 BGB selbständig bei den mittelbar Geschädigten entstehen. "Jedenfalls sollen nach dem Sinn und Zweck des § 846 BGB aus § 844 BGB keine weitergehenden Rechte hergeleitet werden, als sie der unmittelbar Verletzte haben würde."[4)]

e) Mögliche Anwendungsfälle

Wie schon mehrfach betont, gibt es keine Gefälligkeitsfahrten, aus deren Typus man ohne weiteres auf das Vorliegen eines stillschweigenden Haftungsverzichts schliessen könnte. Es soll

---

1) Vgl. Zusammenstellung von Rechtsprechung und Literatur oben C II 5, Fn.3 auf S.33.
2) Oben E III 2 d und OLG Stuttgart 2o.2.6o, VersR 1961, 384, in Fn.3 auf S.97.
3) RG 18.3.o7, RGZ 65, 313.
4) So neuerdings BGH 13.6.61, VersR 1961, 846; vgl. auch OLG Hamm 17.11.53, VersR 1954, 129; OLG Oldenburg 11.1.55, DAR 1956, 296; Geigel, Der Haftpflichtprozess, 1o.Kap., Rn.32; Haberkorn, DAR 1959, 171; Wussow, Rn.1433.

trotzdem versucht werden, einige Fallgestaltungen anzugeben, bei denen die Annahme eines stillschweigenden Haftungsverzichts möglich ist.

Am naheliegendsten ist der Fall, dass einer der Beteiligten mehr oder weniger deutlich auf einen Haftungsausschluss hinweist. Dies kann dadurch geschehen, dass der Fahrer den Fahrgast auffordert, das Handeln-auf-eigene-Gefahr-Schild zu lesen oder durch eine Bemerkung wie: "Ich kann aber für nichts aufkommen." Die Lage ist ähnlich, wenn der Fahrgast die Erlaubnis zur Mitfahrt dadurch herbeiführt, dass er sagt: "Ich werde Ihnen nicht zur Last fallen." Die Grenzen zum ausdrücklichen Haftungsausschluss sind fliessend.

Des weiteren wäre an die gemeinsame Ausfahrt einer wohlhabenden Familie zu denken. Wenn in einem solchen Falle alle Familienmitglieder von Einkünften aus dem Familienvermögen leben, so werden sie sich wohl nicht wegen eines kleinen Unfalles nach § 823 BGB in Anspruch nehmen wollen.

Genannt wurde schon der Fall einer gemeinsamen Schwarzfahrt;[1)] einschlägig ist noch das Beispiel einer längeren Autotour zweier abwechselnd am Steuer sitzenden Freunde. Der Wille der beiden, das Risiko kleiner Unachtsamkeiten des jeweiligen Fahrers gemeinsam zu tragen, sich also nicht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen zu wollen, kann wohl angenommen werden, jedoch mit der Einschränkung, dass in der Regel keine Freistellung der Versicherung beabsichtigt ist, dass also - was auch für die übrigen Beispiele gilt - bis zu den Versicherungshöchstbeträgen gehaftet werden soll.

Das den Beispielsfällen gemeinsame Merkmal ist das des Ausnahmecharakters. Viel mehr kann über den stillschweigenden Haftungsverzicht nicht gesagt werden, denn er ist eben ein gewöhnlicher konkludenter Vertrag, der nicht in ein Schema gepresst werden kann.

---

1) Oben bei E III 2 c.

IV. Wirkung des Haftungsausschlusses auf Drittschädiger

1. Einfluss des Haftungsausschlusses auf den Ausgleichsanspruch

Der Haftungsausschluss, gleichgültig ob auf Grund der §§ 1359, 277 BGB oder infolge eines stillschweigenden Haftungsverzichts, hat unmittelbare Wirkungen nur zwischen den Ehepartnern beziehungsweise den Vertragspartnern. Deshalb ist für beide Fälle zunächst davon auszugehen, dass der Schadensersatzanspruch des Mitfahrers gegen den Fahrer eines zweiten, am Unfall mitbeteiligten Kraftwagens von einem zwischen dem Mitfahrer und dem Fahrer des ersten Wagens bestehenden Haftungsausschluss unbeeinflusst bleibt. Der Fahrer des zweiten Wagens, der Zweitschädiger, ist Gesamtschuldner nach § 84o Abs.1 BGB. Falls nun der Mitfahrer gegen den Zweitschädiger vorgeht - zwischen den beiden liegt keine Haftungsabrede vor - , so ist fraglich, ob der Zweitschädiger vom Fahrer des ersten Wagens Ausgleich verlangen kann, wie in § 426 BGB vorgesehen.

Das Reichsgericht ging ursprünglich vom Wortlaut des § 421 BGB, der die Ersatzpflicht beider Gesamtschuldner zur Voraussetzung eines Gesamtschuldverhältnisses macht, aus und schloss daraus, die Ausgleichspflicht setze eine Schadensersatzpflicht voraus; die Ausgleichspflicht sei eine Wirkung der begründeten Schadensersatzpflicht, der Ausgleichsanspruch setze somit ein tatsächlich bestehendes Gesamtschuldverhältnis voraus.[1)]

Küster[2)] ging einen Schritt weiter und kam in einer aus-

---

1) RG 3o.4.14, RGZ 84, 415 (421): "Ein Ausgleichsanspruch kann nur in den Grenzen bestehen, in denen der Ausgleichungskläger schadensersatzpflichtig ist, und eine Ausgleichspflicht nur in den Grenzen, in denen der Ausgleichungsbeklagte schadensersatzpflichtig ist." So auch RG 29.11.34, JW 1935, 8544; OLG Hamburg 8.7.58, VersR 1958, 81o; OLG Köln 13.1o.38, DAR 1939, 62; OLG Stuttgart 3.4.58, VersR 1958, 891; OLG Naumburg 29.3.38, JW 1938, 2355.

2) Küster, AcP 148, 3o9-338.

führlichen Abhandlung zu dem Ergebnis, dass dem Prinzip, die Ausgleichspflicht setze eine eigene Haftpflicht voraus, ein Teil seines Geltungsbereiches abgestritten werden müsse.[1] Das habe zur Folge, dass keine Ausgleichspflicht bestehe in Fällen, in denen der Fahrer als Erstschädiger gegenüber dem Geschädigten kraft rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Haftungsbeschränkung frei sei; eine Ausgleichspflicht bestehe in solchen Fällen nur dann, wenn der Erstschädiger auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses mit dem Geschädigten zur Schadensdeckung verpflichtet sei; diese andere Pflicht überdecke die Haftpflicht. Küster gibt als Beispiel die Unterhaltsverpflichtung des Ehemannes; der Ehemann sei insoweit zum Ausgleich verpflichtet, als er zum Unterhalt verpflichtet sei.[2]

Küsters Ausführungen haben den Vorzug, dass sie das starre Prinzip der Abhängigkeit der Ausgleichspflicht von der Schadensersatzpflicht in Frage stellen, können aber theoretisch und auch vom Ergebnis her nicht überzeugen.

Das Kammergericht wählte einen anderen Weg. Es ging davon aus, die Ausgleichspflicht des § 17 Abs.1 StVG setze eine Schadensersatzpflicht dem Fahrgast gegenüber voraus. Der Zweitschädiger könne trotz Haftungsausschlusses Ausgleich vom Fahrer verlangen, da letzterer dem vom Mitfahrer in Anspruch genommenen Zweitschädiger wegen Verletzung der Verkehrsvorschriften und der dadurch verursachten Inanspruchnahme des Zweitschädigers durch den Geschädigten nach § 823 Abs.2 BGB Schaden zugefügt habe.[3]

Diese Lösung ist jedoch aus mehreren Gründen sicherlich falsch: Einerseits ist § 17 StVG (wie auch § 426 BGB) eine selbständige Ausgleichsregel, die die Ausgleichung abschliessend regelt,[4] andererseits verlangt der Zweitschädiger den "Ersatz eines mittelbaren, auf dem nicht geschützten Gebiet der allgemeinen Vermögensinteressen liegenden Schadens".[5]

---

1) Küster, a.a.O., S.324.
2) Küster, a.a.O.; ähnlich entschied das RG bezüglich der Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Beamten, RG 26.5.3o, RGZ 129, 128.
3) KG 9.11.38, DR 1939, 256.
4) Carl, DR 1939, 258; Rauschert, NJW 1954, 7o4 (7o6); BGH 3.2.54, BGHZ 12, 216/217.
5) BGH, a.a.O., als Kritik zu KG, a.a.O.; vgl. auch RG 19.6.4o, DR 1940, 1779

Die Verneinung eines Ausgleichsanspruchs des Zweitschädigers wäre äusserst unbillig, besonders in einem Fall, in welchem dem Zweitschädiger nur Gefährdungshaftung zur Last fällt, während dem ersten Fahrer Verschulden vorgeworfen werden muss. Das Gesetz will einen billigen Ausgleich (§§ 426 BGB, 17 StVG), der nicht durch einen zwischen Fahrer und Mitfahrer bestehenden Haftungsausschluss verhindert werden kann. In Übereinstimmung mit dem herrschenden Schrifttum[1] stellte dies der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 3.2.1954[2] klar heraus, allerdings zunächst nur für die Fälle einer vertraglichen Haftungsfreistellung. Nach richtiger Ansicht sollen die Ausgleichsvorschriften (§§ 426 BGB, 17 StVG) verhindern, dass der zahlende Gesamtschuldner durch Gläubigerwillkür bestimmt wird. Deshalb kann der Innenausgleich weder nach noch vor dem Schadensfall beseitigt werden. "Die Möglichkeit freier Vertragsgestaltung muss ihre Grenze finden, wenn eine Abrede in die Interessen des an der Vereinbarung nicht beteiligten Schädigers eingreift, die das Gesetz durch die Ausgleichsvorschriften schützt."[3] Die lediglich durch Parteivereinbarung bewirkte Minderung eines Schadensersatzanspruches kann auf die gesetzliche Ausgleichung keinen Einfluss haben; insofern wird der Satz, die Ausgleichspflicht setze eine Schadensersatzpflicht voraus, eingeschränkt.[4]

Diese für einen vertraglichen Haftungsausschluss entwickelte Lösung muss gleichermassen für einen gesetzlichen gelten; für den Ausgleichsberechtigten liegen beide Fälle völlig gleich. In einer neuen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof dies auch erkannt und die Entscheidung vom 3.2.1954 ausdrücklich ergänzt.[5] Das ist zu begrüssen, denn es macht keinen Unterschied, ob die Haftungsminderung auf "Abrede der Beteiligten beruht, die meist aus ihren persönlichen Beziehungen zu erklären ist, oder ob das

---

1) Enneccerus-Lehmann, § 95 III; Soergel-Schmidt, Rn.7 zu § 426; Staudinger-Werner, Rn.21 zu § 254; Booss, DR 1939, 1319; Gülde, DR 1939, 142o; Hauss, Anm. zu BGH vom 3.2.54 in LM § 426 Nr.5; Maier, DR 1939, 142o; Schwarze, VersR 1955, 199; Böhmer, NJW 1956, 1o18; Hoffmann, RdK 1955, 184; Reinicke, NJW 19[illegible], S.212.
2) BGHZ 12, 213.
3) BGH 3.2.54, BGHZ 12, 218.
4) BGH, a.a.O., S.219.
5) BGH 27.6.61, NJW 1961, 1966.

Gesetz bereits von sich aus - wie im Falle des § 1359 - der besonderen Eigenart der persönlichen Beziehungen der Beteiligten durch Einführung einer Haftungsbeschränkung Rechnung getragen hat."[1] Das allgemeine Haftungsrecht (§§ 421 ff. BGB) verdient den Vorzug gegenüber einer Spezialbestimmung wie § 1359 BGB, wodurch nur die Beziehungen zwischen Eheleuten geregelt werden sollten, ohne Eingriff in die Rechtsposition Dritter. Durch die Bestimmung der gesamtschuldnerischen Haftung soll nur der Mitfahrer bessergestellt werden, das Verhältnis erster Fahrer - Zweitschädiger soll nicht beeinflusst werden; ohne eine Ausgleichsmöglichkeit des vom Geschädigten zunächst in Anspruch Genommenen hätte das Gesetz keine Haftung für den gesamten Schaden festgelegt.

2. Schadensersatzanspruch des Fahrgastes bei Vorliegen eines stillschweigenden Haftungsverzichts[2]

a) Allgemeines

Der zwischen Fahrer und Mitfahrer vereinbarte stillschweigende Haftungsverzicht ist nach Treu und Glauben (§ 157 BGB) so auszulegen, dass der Mitfahrer den Fahrer von jeder Verpflichtung zum Ersatz seines Schadens freistellt, nicht nur von der direkten Inanspruchnahme durch ihn, den Mitfahrer, selbst.[3] Da der Zweitschädiger Rückgriff beim Fahrer nehmen kann, wenn er

---

1) BGH, a.a.O., S.1967; der BGH betont allerdings, dies nur für den vorliegenden Fall - Gefährdungshaftung des Zweitschuldners gegenüber Verschulden des Ehemannes wie 1 : 3 - entscheiden zu wollen. Die Entscheidung ist jedoch zweifellos auch für andere Fallgestaltungen richtig und angemessen.

2) Zum gesetzlichen Haftungsausschluss siehe unten E IV 3.

3) So auch Böhmer, NJW 1956, 1o18, Reinicke, NJW 1954, 1641 und Hoffmann, RdK 1955, 184, der bei Geltendmachung des vollen Schadensersatzanspruches ein venire contra factum proprium annimmt; siehe insbesondere auch Müller, Anm. C I a 4 b aa zu § 17 StVG: "Der Verzicht bedeutet, dass der Insasse seinen (etwaigen) Schaden insoweit nicht geltend machen will, wie der Schaden ohne Verzicht vom Halter zu tragen wäre." So auch Venzmer, S.212; unentschieden Geigel, JZ 1954, 5o7.

vom Mitfahrer über die auf ihn treffende Schadensquote hinaus in Anspruch genommen wird, heisst das in concreto: Der Mitfahrer darf vom Zweitschädiger nur einen Betrag verlangen, der dessen Schadensquote entspricht, um zu vermeiden, dass bei dem Fahrer, seinem Vertragspartner, Rückgriff genommen wird. Mit anderen Worten: der Mitfahrer ist dem Fahrer gegenüber vertraglich verpflichtet, eine Inanspruchnahme des Fahrers zu vermeiden.

Diese Auslegung entspricht durchaus dem Sinn und Zweck des vertraglichen Haftungsausschlusses. Die Auslegung nach § 157 BGB muss sich nicht ausschliesslich am wirklichen Willen, sondern kann sich auch am mutmasslichen Willen, dem Willen, den die Parteien gehabt hätten, wenn sie den konkreten Fall bedacht hätten, orientieren. Aus dem Gesamtinhalt der vorhandenen Erklärungen, dem durch Auslegung festgestellten Haftungsverzichtsvertrag, ist auf nicht geregelte Einzelheiten zu schliessen; dabei ist davon auszugehen, "dass die Parteien eine sachgerechte, ihren Zwecken entsprechende und vollständige Regelung gewollt haben".[1] Wenn schon ein stillschweigender Haftungsverzicht bejaht werden kann, so kann auch angenommen werden, der Mitfahrer habe sich, um den Zweck des stillschweigenden Haftungsverzichts - eine Freistellung des Fahrers - zu erreichen, seine gesetzlichen Ansprüche gegen den Zweitschädiger verkürzen lassen.[2]

Ausgehend von der vertraglichen Verpflichtung des Mitfahrers, eine Inanspruchnahme des Fahrers zu vermeiden, muss geprüft werden, wie diese Verpflichtung realisiert werden kann.

b) Regress des Fahrers gegen den Mitfahrer

Wenn der Mitfahrer den Zweitschädiger auf den vollen Schadensbetrag in Anspruch nimmt, zwingt er diesen zum Rückgriff gegenüber dem Fahrer und verletzt dadurch seine ihm diesem gegenüber obliegende Vertragspflicht, dafür zu sorgen, dass der Fahrer keinen Schadensersatz zu zahlen habe. Darin liegt eine positive Forderungsverletzung des stillschweigenden Haftungsverzichtsvertrages. In Rechtsanalogie zu §§ 28o, 286, 325, 326 BGB

---

1) Soergel-Siebert, Rn.88-9o zu § 157; Staudinger-Coing, Rn.37 zu §§ 133, 157.
2) Gegen BGH 3.2.54, BGHZ 12, 216.

kann daraufhin der Fahrer vom Mitfahrer Schadensersatz verlangen, das heisst er kann ihn in Regress nehmen.[1] Im Ergebnis hat dann der Fahrer nichts zu bezahlen, während der Zweitschädiger nur mit der auf ihn treffenden Schadensquote belastet ist.

c) Einrede des Zweitschädigers gegen volle Inanspruchnahme

Aus § 242 BGB wurde unter Heranziehung von § 157 und § 826 BGB der Grundsatz entwickelt, dass jedermann, also auch ein Gläubiger, "in Ausübung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln" hat.[2] Negativ formuliert, kann man sagen, "dass ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten, insbesondere eine gegen Treu und Glauben verstossende Rechtsausübung, unzulässig ist".[3] So ist es möglich, auf Grund von Treu und Glauben einen Anspruch zu beschränken. Dies geschieht unter anderem dann, wenn ein Gläubiger etwas verlangt, was er dem Schuldner[4] gleich wieder zurückerstatten müsste, nach der Regel: dolo facit, qui petit, quod (statim) redditurus est. Ein Rechtsmissbrauch liegt hier deshalb vor, weil der volle Schadensersatzanspruch die berechtigten Belange des Mitfahrers nicht fördern kann, den Zweitschädiger und den Fahrer dagegen beschwert und schädigt.[5]

Wenn der Mitfahrer vom Zweitschädiger vollen Schadensersatz verlangt, so verlangt er teilweise etwas, was er alsbald wieder zurückerstatten muss, nämlich im Wege des Regresses an den Fahrer. Dieses Vorgehen des Mitfahrers ist demnach dolos. Dass im Falle eines stillschweigenden Haftungsverzichts nicht der Zweitschädiger als Leistender, sondern der Fahrer einen Teil des Scha-

---

1) Auch Hoffmann, RdK 1955, 184 und Reinicke, NJW 1954, 1641 erwähnen die Möglichkeit, Regress zu nehmen, allerdings ohne sie näher zu begründen.
2) So Palandt-Danckelmann, Anm.1 zu § 242.
3) Soergel-Siebert, Rn.2c zu § 242; vgl. auch Staudinger-Weber, Rn. D 1 ff., insbesondere D 38 zu § 242.
4) Zu dem Problem der Rückerstattungspflicht an einen anderen vgl. den nächsten Absatz.
5) Vgl. Soergel-Siebert, Rn.15o/151 zu § 242; Staudinger-Weber, Rn. D 52o zu § 242; Palandt-Danckelmann, Anm.4 d zu § 242.

densersatzes zurückfordern kann, ändert an dieser Rechtslage nichts, denn auszugehen ist von der Forderung des Mitfahrers als Gläubiger der Schadensersatzforderung, und ihm fällt das dolose Handeln zur Last.[1] Dem Zweitschädiger steht folglich gegen die volle Inanspruchnahme durch den Mitfahrer eine Einrede aus § 242 BGB zu; er muss es nicht auf einen Rückgriff gegen den Fahrer ankommen lassen.

3. Schadensersatzanspruch des Fahrgastes bei gesetzlichem Haftungsausschluss

Der Regressanspruch des Fahrers (oben 2 b) und, daraus abgeleitet, auch die Einrede des Zweitschädigers (oben 2 c) beruhen auf einer Auslegung des Haftungsverzichtsvertrages. Der Haftungsausschluss der §§ 1359, 277 BGB als gesetzlicher Haftungsausschluss ist keiner solchen Auslegung fähig. Obwohl es unbillig erscheint, in einem solchen Falle den Fahrer mit dem Rückgriff durch den Zweitschädiger zu belasten, ohne ihm einen Regress gegen seinen Ehepartner einzuräumen, besteht keine rechtliche Möglichkeit, dies zu ändern. Es bleibt also dabei, dass der mitfahrende und unfallgeschädigte Ehegatte den vollen Ersatzanspruch gegen den Zweitschädiger geltend machen kann, ohne einer Einrede des Zweitschädigers oder einem Rückgriffsanspruch des fahrenden Ehegatten, der vom Zweitschädiger in Regress genommen werden kann, ausgesetzt zu sein.[2]

---

1) Vgl. Hoffmann, RdK 1955, 184, der dem Zweitschädiger ebenfalls eine Einrede aus § 242 BGB einräumt und betont, dass der Fall des § 242 auch aus einem dreieckigen Rechtsverhältnis abgeleitet werden kann; vgl. auch Heinicke, NJW 1954, 1641, der die Möglichkeit einer Beschränkung des Schadensersatzanspruches des Mitfahrers nur erwähnt.

2) Diese Folge nimmt BGH 27.6.61, NJW 1961, 1967, ausdrücklich hin.

F. Schluss - Zusammenfassung und Begriffsklärung

Der Haftungsausschluss bei der Gefälligkeitsfahrt ist unter vielfältigen Aspekten zu betrachten. Für die Fälle einer besonders gefährlichen Gefälligkeitsfahrt muss die Lösung über das Mitverschulden des § 254 BGB (bewusste Selbstgefährdung) gesucht werden; das Mitverschulden des Fahrgastes ist in der freiwilligen Mitfahrt trotz Kenntnis einer besonderen Gefährdung - genannt Handeln auf eigene Gefahr - zu finden.[1)]

In anderen Fällen kann ein stillschweigender Haftungsverzicht konstruiert werden; es kommt hierbei stets auf den Einzelfall und die vorliegenden besonderen Umstände, insbesondere das Handeln-auf-eigene-Gefahr-Schild und persönliche Beziehungen, an.[2)]

Es soll noch erwähnt werden, dass sich bei einem ausdrücklichen, meist schriftlichen Haftungsverzichtsvertrag keine Schwierigkeiten ergeben. Insbesondere wurde von der Rechtsprechung die Praxis gebilligt, den Haftungsausschluss auf die nicht durch die Versicherung gedeckten Schäden zu beschränken.[3)]

Durch die Zurückführung der besonders gefährlichen Gefälligkeitsfahrt auf die Bestimmung des § 254 BGB ergibt sich ein begriffliches Problem: Soll der Ausdruck "Handeln auf eigene Gefahr" auch weiterhin für die bewusste Selbstgefährdung verwendet werden? Böhmer verneint die Frage und möchte diesen Begriff auf den vertraglichen Haftungsausschluss beschränkt wissen.[4)] Dieser Vorschlag ist jedoch abzulehnen. Für den vertraglichen Haftungsausschluss genügen die herkömmlichen Bezeichnungen - stillschweigender und ausdrücklicher Haftungsverzicht - vollkom-

---

1) Vgl. grundsätzlich oben D IV 3; zur besonderen Gefährlichkeit vgl. oben B I.
2) Vgl. grundsätzlich oben E III 3.
3) BGH 26.4.6o, NJW 196o, 1197; OLG Stuttgart 2o.2.6o, VersR 1961, 384.
4) Böhmer, MDR 1961, 661.

men; das allein spricht gegen die Einführung eines neuen Begriffs. Wesentlicher ist aber noch, dass der Begriff "Handeln auf eigene Gefahr" durch das Werk von Hans Stoll[1] eine umfassende Bedeutung bekommen hat, die sich nicht mit dem in Zusammenhang mit der Gefälligkeitsfahrt verwendeten Begriff deckt; so bezeichnet Stoll die in den Bereich des § 254 BGB fallenden Fälle der bewussten Selbstgefährdung als "unechte Fälle eines Handelns auf eigene Gefahr", weil die Gefährdung des Fahrgastes in allen diesen Fällen unerlaubt ist. Eine Gefahrübernahme im eigentlichen Sinne und somit ein echtes Handeln auf eigene Gefahr im Sinne Stolls kommt nur in Frage, wenn die Gefährdung des Fahrgastes erlaubt und nicht pflichtwidrig war.[2]

Der Begriff des Handelns auf eigene Gefahr ist in Zusammenhang mit der Gefälligkeitsfahrt unnötig und wäre deshalb besser nicht mehr zu verwenden. Wenn der Begriff jedoch weiter benutzt werden sollte, was in Anbetracht seines Bekanntseins in Literatur und Rechtsprechung zu erwarten ist, sollte er keinesfalls über die Fälle der bewussten Selbstgefährdung, die schon bisher so bezeichnet wurden, hinaus benutzt werden. Es besteht kein Anlass, diesen Begriff für die Fälle des stillschweigenden Haftungsverzichts zu verwenden.

Abschliessend kann festgestellt werden, dass der praktisch sehr bedeutsame Haftungsausschluss bei der Gefälligkeitsfahrt in vollem Umfang mit den gebräuchlichen Mitteln des Bürgerlichen Gesetzbuches begründet werden kann. In der Regel bleibt es bei der Haftung des Fahrers für jede Fahrlässigkeit nach §§ 823, 276 BGB. In Sonderfällen, deren besondere Umstände stets unschematisch zu würdigen sind, kann es sowohl zu einem vollständigen als auch zu einem teilweisen Haftungsausschluss kommen.

---

1) Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr.
2) Vgl. oben bei C I 3 und Stoll, S.294 ff., insbesondere 296 und 306.

L e b e n s l a u f

Als zweites von vier Kindern des jetzigen Sparkassendirektors in Kaufbeuren Andreas Schlierf und seiner Ehefrau Maria, geborene Guntner, wurde ich am 18.Juni 1936 in Türkheim (Bayern) geboren.

Nach Besuch der Volksschule und der Oberrealschule in Kaufbeuren legte ich dort im Jahre 1954 die Reifeprüfung ab.

Im Herbst 1954 begann ich an der Universität München das Studium der Rechte und der Betriebswirtschaft und bestand nach acht Semestern am 3.Februar 1959 die erste juristische Staatsprüfung mit der Note "gut" (= 2,90). Am 9.März 1959 begann ich meine Referendarausbildung beim Amtsgericht München.

In der Zeit von Herbst 1954 bis Sommer 1959 studierte ich acht Semester Betriebswirtschaft in München. Im Winter 1959/1960 legte ich die betriebswirtschaftliche Diplomprüfung ab.

Von September 1960 bis einschliesslich Juni 1961 studierte ich als "special student" an der School of Law der Stanford University, California, USA; ein Stipendium der dortigen Universität und ein Fulbright-Reisestipendium gaben mir die Möglichkeit dazu.

Am 1.Oktober 1961 setzte ich meine durch einen 13-monatigen Sonderurlaub unterbrochene Referendarausbildung fort.